

Faculdade de Direito da Universidade do Porto



Direito, Ética e Moral na Doutrina Jurídica Portuguesa Contemporânea
As “Introduções ao Direito”

Por

Maria Raquel Paulino da Rocha

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas

Orientada pelo Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha

Porto, Julho de 2013

RESUMO

Com o presente trabalho procurámos analisar a interdisciplinaridade do Direito sob o ponto de vista das relações que o mesmo estabelece com a Ética e com a Moral.

Muito mais discutida em tempos passados, a problemática que assola o relacionamento entre as normativas jurídicas e éticas não colhe, com certeza, frutos em tempos onde as mais recentes expressões de um ceticismo axiológico ganham forma e se transformam em regra de ouro, como vimos acontecer no período correspondente ao positivismo jurídico. No entanto, também se vislumbra ser verdade que tudo na vida se renova; por isso, o presente estudo visa confirmar se um dos legados mais antigos da História do Direito tem ainda razão de ser.

Para tanto, procuramos fazê-lo sob a perspetiva dos autores portugueses contemporâneos, no contexto dos manuais de Introdução ao Direito, os quais nos parecem ser, num contexto generalizado, os mais fiéis indicadores da visão jurídica da temática. Ainda que tenhamos feito o presente estudo sob o pressuposto de que se verifica a presença da relação entre o Direito, a Ética e a Moral na doutrina jurídica nacional, o material que nos serviu de estudo não afasta, muito pelo contrário, recria a possibilidade, sempre renovada, de reconhecer o Direito em toda a sua qualidade ética.

Palavras-chave: Direito, Ética, Moral, Justiça, Direito Natural, Princípio da Liberdade, Direitos Fundamentais, Positivismo Jurídico.

ABSTRACT

With the present work, we try to analyse the interdisciplinary of Law under the point of view of the relationships that are established with Ethic and Moral.

Much more discussed in the ancient times, the problematic which vanishes the relationship between legal and ethical normatives, certainly, does not reap rewards in times where the most recent expressions of an axiological skepticism take shape and become golden rules, as we saw happen in the period of legal positivism. However, it's also true that everything in life is renewed; that so, the present study aims to confirm if one of the most ancient legacies of History of Law has yet a reason to be.

For that, we try to do it under the perspective of contemporary Portuguese authors, in the context of Law Introduction's manuals which seem to be the most faithful indicators of the legal view. Although we have made the present study under the assumption that lead us to the existence of the relation between Law, Ethic and Moral in the national legal doctrine, the material which is served to study the subject do not dispel, quite the contrary, recreates the possibility, always renewed, of the recognition of Law in all its ethical quality. With this we can achieve the goal proposed in the study.

Key-Words: Law, Ethic, Moral, Justice, Natural Law, Principle of Liberty, Fundamental Rights, Legal Positivism.

Índice

Resumo	1
Abstract	2
Introdução ao Problema da Relação entre o Direito, a Ética e a Moral	6
 Título I – <i>Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador</i> de João Baptista Machado	8
Capítulo I - Reconhecimento Ético do Direito:	
1.1- Do Contributo do Direito Natural	15
1.2 - Justiça Universal vs. Justiça Particular	23
Capítulo II- Critérios de Distinção:	
2.1 - Do Critério do “ <i>Mínimo Ético</i> ”	33
2.2 - Do Princípio da Liberdade	34
2.3 - Uma Aplicação Prática do Princípio da Liberdade: O Costume.....	37
2.4 - Interioridade Ética vs. Exterioridade Jurídica: A Fragilidade de um Critério	40
Síntese	43
 Título II – <i>Curso de Introdução ao Estudo do Direito</i> de António Castanheira Neves	45
Capítulo I – Reconhecimento Ético do Direito:	
Um Direito Natural Em Comunhão	47
Capítulo II - Critério de Distinção:	
A Obrigatoriedade Moral do Direito	53
Capítulo III - Novo Reconhecimento Ético do Direito:	
Os Princípios da Liberdade e da Justiça	60
Síntese	64
 Título III – <i>Lições de Introdução ao Direito</i> de Fernando José Bronze	67
Capítulo I - Reconhecimento Ético do Direito:	
1 – O “Papel” da Pessoa	68
2 - A Pessoa e o Cidadão.....	71
3 - Do “Dever-Ser” do Direito	73
4 – Dos Valores do Indivíduo e dos Valores da Sociedade	74
5 - Dos Princípios da Liberdade e da Dignidade Ética	77

Síntese	78
Título IV - <i>Introdução ao Direito</i> de Mário Bigotte Chorão	80
Capítulo I- Reconhecimento Ético do Direito:	
1.1 - O Direito Natural como Fundamento Último do Direito Positivo:	
A Teoria do Realismo Jurídico Clássico	85
1.2 - Da sua Principal Crítica: A “ <i>Falácia Naturalista</i> ”	91
1.3 – A “ <i>Natureza das Coisas</i> ”	96
1.4 - A “ <i>Virtude da Justiça</i> ”	103
Capítulo II - Critério de Distinção:	
O “ <i>Primado da Moral</i> ”	104
Síntese	108
Título V - <i>Introdução ao Estudo do Direito</i> de Inocêncio Galvão Teles	110
Capítulo I- Reconhecimento Ético do Direito:	
A Superioridade Normativa do Direito Natural	112
Capítulo II- Critérios de Distinção:	
2.1 - O “ <i>Bem-Comum</i> ”	115
2.2 – Novos Contributos para a Compreensão da Obrigatoriedade Moral	119
2.3 - O “ <i>Máximo Ético</i> ”	125
Síntese	126
Título VI – <i>Introdução ao Estudo do Direito</i> de João de Castro Mendes	128
Capítulo I - Reconhecimento Ético do Direito:	
A Dignidade Humana como Expressão Máxima do Direito	129
Capítulo II - Critérios de Distinção:	
2.1 - A Obrigatoriedade Moral e o Dever Jurídico	134
2.2 - A Sanção Jurídica e o seu Sentido “Impróprio”	135
Síntese	138
Título VII – Um Contributo Positivista Para a Compreensão da Problemática em Estudo	140

Título VIII – Breves Considerações da Problemática Para os Manuais de Introdução ao Direito do 12.º ano de Escolaridade	146
 Conclusões	 154
Bibliografia.....	168

Introdução ao Problema da Relação entre o Direito, a Ética e a Moral

Atualmente, talvez possamos afirmar, com quase total convicção, que o Direito é uma disciplina que exige ser perspectivada em profundo e constante diálogo com as diferentes áreas do saber. Não fossem as tentativas de subverter o processo de desenvolvimento desse facto e este seria um dado adquirido na nossa sociedade jurídica. Contudo, o que na realidade se perspectiva é que esse processo de reconhecimento interdisciplinar está apenas a caminho e muito há, ainda, para sobre este assunto se discutir. Isto acontece porque o Direito tem o objetivo primeiro de disciplinar a realidade tal como ela se apresenta, o que implica, como bem sabemos, uma atenção especial por áreas que extravasam o seu tradicional campo de atuação. É neste âmbito que o Direito estabelece contacto com as realidades que lhe são próximas. No entanto, este relacionamento nem sempre é pacífico quando se trate, por exemplo, de lidar com temas tão complexos como sejam a Ética ou a Moral. Lembremo-nos, apenas a título de exemplo, dos progressos verificados na área do conhecimento das ciências da vida e logo confirmamos como as suas novas descobertas levantam questões tão complexas e controversas como o problema bioético do aborto, da manipulação genética na reprodução medicamente assistida ou da eutanásia.

Perante estes, como tantos outros exemplos que surgem, o dilema de qualquer intérprete da realidade jurídica consiste, precisamente, em saber se esse diálogo traduzido na obrigação de legislar se mantém mesmo quando estão em causa os mais elementares direitos, direitos esses considerados alienáveis e representantes da mais evidente forma de representação da dignidade humana. Estas e outras questões surgem todos os dias, muitas delas, com menor impacto ético no Direito, mas igualmente desconcertantes dessa certeza jurídica que as normas do Direito têm a pretensão de realizar.

Porque estas e outras questões se levantam quer em momento anterior à regulamentação jurídica, quer em momento posterior a ela, o propósito deste estudo visa compreender, precisamente, a pertinência de se falar da Ética e da Moral no estrito campo das concepções e das realizações do Direito.

Mas porque o tema é vasto e suscetível de variadíssimas interpretações, para a realização do presente estudo, optámos por selecionar um conjunto de autores, entre os quais, juristas, filósofos ou jusfilósofos, que nos permitissem, num diálogo permanente, mas sem descurar todas as divergências ideológicas que entre eles se apresentem, compreender a realidade ética e moral do Direito. No entanto, dadas as inúmeras obras e documentos que versam este tema

tão comentado, e, também, por uma questão de delimitação do problema, procurámos compreender a relação que o Direito estabelece com a Moral e a Ética exclusivamente no âmbito da análise de alguns dos manuais de Introdução ao Direito nacionais. Contudo, sem a parceria de autores como Luís Cabral de Moncada, António José Brandão, António José de Brito e tantos outros, jamais este estudo lograria alcançar o objetivo proposto. Muito embora as definições que estes autores nos deixam não estejam contidas no conjunto de matérias elencadas num manual de Introdução ao Direito, é, no entanto, graças à participação destes pensadores que hoje ainda nos é possível discutir esta velha e tão atual questão que é a relação que entre as disciplinas da Ética, da Moral e o do Direito se estabelece.

Dos problemas que versam o nosso estudo, destacam-se, entre outros, a pertinência de atribuir um sentido ético ao Direito, saber até que ponto os normativos do Direito respeitam os princípios ou preceitos morais vigentes nas sociedades em geral, ou, ainda, se estes princípios e valores éticos ou morais são a condição da vigência ou eficácia das normativas do Direito. Muito embora, estes e outros assuntos pareçam estar condicionados a escassas páginas de alguns dos nossos manuais de Introdução ao Direito, compreendemos que o pressuposto sobre que assentam as considerações desses temas, afinal, é em tudo condizente com os problemas que assolam uma boa parte da realidade normativa jurídica.

Pelo exposto, passemos de imediato às mais importantes obras que deram e continuam a dar base e fundamentação à discussão de matérias tão complexas com são as que agora nos propomos conhecer.

Título I - *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* de João Baptista Machado

Quando nos propomos analisar a matéria das relações entre o Direito e as normativas éticas ou morais a primeira pergunta que nos colocamos responder é a de saber se o cumprimento das normas jurídicas é motivado por valorizações éticas ou morais tais que nos permitam afirmar, com relativa certeza, a indissociável relação entre o Direito e essas normativas. A primeira ideia que nos surge é tentar demonstrar essa relação através da própria definição do Direito, pelo que é por aí que devemos iniciar o nosso estudo.

Segundo o pensamento de João Baptista Machado, através da obra que versa agora o nosso estudo, do seu conteúdo percebemos, logo à partida, como a solução para o problema das relações a estabelecer entre o Direito e as normativas éticas e morais poderia estabelecer-se nos seguintes moldes que agora transcrevemos: “*a maioria das normas jurídicas [...] são, em si mesmas consideradas, eticamente neutras*”¹. Ora, se assim é, de poucas palavras mais nós serviríamos para, como base na sua teoria, defender a ideia de que o Direito é uma normativa que muito pouco ou nada tem a ver com a Ética ou com a Moral. No entanto, também é de se comentar aqui que, em primeiro lugar, o autor refere-se à maioria, mas não a toda ou qualquer norma do Direito; em segundo lugar, também é facto que, do que extraímos da citada expressão do autor, não nos é possível obter uma definição para o Direito, mas apenas uma caracterização do mesmo.

Por outro lado, se atentarmos um pouco mais na teoria do autor, resulta a ideia de que a relação a estabelecer entre, por exemplo, o Direito e a Ética poderá ser prospetivável, sim, mas, somente, através de um indireta via, senão vejamos o que comenta, ainda, a este propósito: “*aquilo que constitui um dano social, e portanto, requer a intervenção do Direito, ou aquilo que constitui um interesse socialmente relevante e merece, portanto, a tutela do Direito, só pode determinar-se mediante uma decisão valorativa*”². Como compreendemos, a evidente relação que agora parece desenhar-se entre o Direito e uma realidade que parece ter tudo a ver com a realidade da Ética, resulta da atenção a critérios axiológicos ou de valor. Mas, se assim é, ou seja, se a correta interpretação do Direito depende de uma decisão valorativa, fica ainda por concluir se, verdadeiramente, quando falamos em valores, falamos de Ética ou de Moral.

¹ MACHADO, João Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p.60

² MACHADO - cit. 1, p.61

A este propósito António Braz Teixeira explica a necessidade de estabelecer as diferenças entre os conceitos: *“Convém, antes de mais, advertir que Ética e Moral, termos em geral tidos como sinónimos, são realidades distintas, pois enquanto esta deve entender-se como ciência do costume, i. e., como ciência positiva ou saber ou conhecimento de como se comportam os homens, ou entendem dever comportar-se, [...] a Ética é a parte da Filosofia cujo objecto é a interrogação e a reflexão sobre o valor da conduta humana, sobre a virtude ou o recto agir, tendo como valor fundamental a ideia do Bem[...]”*³.

Neste mesmo sentido, Paulo Ferreira da Cunha remete-nos para a “utilidade” da distinção. Como afirma este último: *“As éticas estudam como os homens realmente são, como se comportam (a Ética é disciplina da Filosofia). As morais, múltiplas e conflituantes no nosso mundo cada vez mais agónico, e plural em cada sociedade concreta (pelo menos no “ocidente” multicultural), pretendem ditar como, pelas regras dos seus respectivos grupos, os indivíduos deverão comportar-se, ou deverão ser.”*⁴

Isto significa que, elencados na categoria ética, os valores podem considerar-se distintamente das práticas consuetudinárias. Ora, isto já nos diz muito acerca da relação entre o Direito e a Ética. O seu elemento comum é coincidente com o conceito de Valor.

De resto, já António José Brandão nos mostrava a importância dos valores para o Direito: *“Os valores relacionam-se de diferente modo com as figuras reais. Entre ambos, encontra-se o homem. É ele que intui o valor. Sobre a sua sensibilidade incide o peso das determinações axiológicas. Dele, como sujeito consciente, parte a expansiva energia espiritual de adesão e de eventual actualização do “dever-ser” promanado de valor intuído [...]. E é o homem, finalmente, quem obedece a normas e impõe normas ao agir próprio e alheio.”*⁵. Desde que possamos incluir esta definição de “valor” no campo da realização do “dever-ser” do Direito, a presente explicação tem todo o propósito de ser aplicável também à realidade jurídica.

No entanto, é importante também deixar aqui uma nota acerca desta definição que acabámos de apresentar. António José Brandão afirma que o Direito, a par do que confirmamos também em Baptista Machado, *“funciona como princípio, em virtude do qual existe, e continuamente se cria, uma específica realidade: a realidade juridicamente valiosa [e isto porque, como explica] se o Direito correspondesse só a uma realidade ou matéria*

³ TEIXEIRA, António Braz - *Sentido e Valor do Direito*, p.47

⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da – *Filosofia Jurídica Prática*, pp.47-48

⁵ BRANDÃO, António José - *O Direito. Ensaio de ontologia jurídica*. Apud TEIXEIRA, António Braz - *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, p.124

*valiosa, ele não podia ser aquilo que também é: o princípio que, uma vez participado por estas realidades ou matérias, as torna juridicamente valiosas.”*⁶

Ora, se assim se deve conceber o cenário das relações a estabelecer entre o Direito e os valores que ele persegue, no qual a efetiva vigência destes últimos depende, ainda, de um reconhecimento prévio por parte do Direito, então, não deve ser a sua consideração que, primeiramente, importa à compreensão da realidade jurídica.

Por outro lado, isto já nos diz muito acerca da entidade que decide sobre a relevância de projetar os valores através do Direito. Segundo a teoria de António José Brandão, é ao Direito, e não propriamente ao indivíduo ou à sua vontade, que cabe decidir pela representação normativa jurídica dos valores.

Não significa que, com isto, se queira afirmar que o Direito nada tenha a ver com os seus destinatários, muito pelo contrário. Como vimos, os indivíduos estão no centro dessa relação estabelecida entre o Direito e os valores, e como eles, toda a Sociedade. Tantos mais que são os próprios sujeitos os destinatários das normas criadas de acordo com os valores vigentes na realidade jurídica, logo, o Direito não poderá ignorá-lo no momento da sua produção normativa.

No entanto, o que denotamos nesta tese de António José Brandão é que, para o mundo do Direito, a vigência dos valores depende do que se considere do interesse de uma comunidade específica, a comunidade jurídica, e não do que seja apenas do interesse particular dos indivíduos que a compõem.

Prova de tudo isto que se afirma dá-se quando compreendemos que as dimensões valorativas que colhemos da realidade dependem, em muitos casos, da existência de uma norma que albergue o seu significado e a discipline. Também neste sentido, afirma António José Brandão: *“O Direito, na forma de norma, pressupõe um valor, - e um valor enérgico e tão fortemente vinculativo das nossas apreciações, que ora nos leva a confirmar a realidade, ora a negá-la, apesar dela existir.”*⁷. Mas se se afirma que o Direito é um valor, mais se acrescenta agora, e com base no que acabámos de concluir, que é do Direito que depende a realização de todos os restantes valores, pelo menos, aqueles que se queiram ver respeitados e cumpridos na realidade social.

Então, se o Direito tem essa função de indicar quais os valores que merecem ser respeitados por todos, poderíamos nós, através disto mesmo, concluir que é também ao

⁶ BRANDÃO - cit.5, pp.114-115

⁷ BRANDÃO - cit.5, p.115

Direito que cabe a tarefa de atribuir o conteúdo aos próprios valores que subjazem à produção normativa jurídica? Com isto questiona-mos, igualmente, se será o Direito um sistema independente, criador e fundador dos valores a respeitar no seio da realidade jurídica? Abordar semelhante teoria implicará averiguar se o Direito se autossustenta axiologicamente ou se, antes pelo contrário, tem uma fundamentação exterior e transcendente.

Sob a análise da obra de A. José Brandão, de facto, verificamos que os valores constituem uma parte do Direito, mas não a sua parte fundamental. Apenas nos limites daquela “*realidade juridicamente valiosa*” poderemos afirmar que o Direito se relaciona com as normativas axiológicas ou de valor, conforme nos contou o autor.

E nem se considere que para A. José Brandão o fundamento último do Direito seja, afinal, coincidente como o princípio da Justiça. Não obstante tratarmos com mais afinco a questão da Justiça mais à frente neste estudo, fazemos, apenas, aqui referência ao facto de que, para este pensador, e como nos explica António Braz Teixeira, “*O homem refere o direito à justiça, não porque esta seja o valor ao serviço do qual está o direito, pois este é também um valor, já que possui a possibilidade, só dada aos valores, de tornar valiosas as matérias e as realidades que dele participam.*”⁸.

Mas então significará isto, definitivamente, que podemos considerar o Direito como o criador dos seus próprios valores, reiteramos nós, agora, a nossa pergunta inicial? Segundo a teoria que nos apresenta A. José Brandão parece-nos que esse não é o melhor cenário a defender para o Direito. Nem poderia, caso contrário, assumir-se-ia aqui uma teoria que, na opinião do mesmo, não corresponde à verdadeira e integral realidade jurídica: a teoria do positivismo jurídico.

A teoria do positivismo jurídico, como sabemos, afasta qualquer fundamentação exterior ao próprio Direito. Para a consideração da realidade jurídica, o Direito basta-se. Como se afirma entre os vários autores: “*os positivismos [...] crêem que o direito que está aí (na sociedade, na lei ou na história), positivado, é o único direito e tudo o mais será, quanto muito, moral, ética, filosofia, ou meros votos piedosos.*”⁹.

No entanto, contrariamente a este pressuposto, para A. José Brandão o fim último do Direito é procurado num plano transcendente à própria realidade que o Direito visa disciplinar, por isso, defende: “*Se o Direito é, como parece, um valor, ele possui um fim*

⁸ TEIXEIRA, A. Braz - *História da Filosofia do Direito Portuguesa*, p.206

⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da - *Filosofia do Direito. Fundamentos Metodologia e Teoria Geral do Direito*, 2.^a Edição, p.353

próprio. E esse é metafísico [...] No plano da teleologia do Direito, o fim só pode ser um: o Bem-comum.”¹⁰.

Por fim, resta-nos referir que, nesta linha de teorizações a favor da ideia de que os fins jurídicos devem ser fundamentados a par do seu sentido axiológico, incluímos ainda as considerações de Luís Cabral de Moncada que nos alertava para a necessidade de fundamentar o Direito, também, de acordo com uma Ética social vigente. Como afirmava este último pensador: *“conquanto, sem dúvida, haja na Política [note-se que, nos presentes termos, o autor iguala a situação da Política à situação do Direito] lugar para um idealismo moral relativo, o que é já um facto social, como notou Durkheim – nunca o neguei, [...] todavia a primeira terá sempre de ir buscar, antes de mais nada, a representação dos seus fins [...] não exclusivamente a esse idealismo moral sem uma base imediata da realidade, mas ao conhecimento das coisas sociais e da lei dinâmica das realidades complexas que pretende trabalhar e modificar”*.¹¹

Introduzindo, agora, um dado novo ao presente estudo, compreendemos que os valores que o Direito condensa normativamente, afinal, adquirem a sua melhor projecção na realidade histórico-social do Homem.

Neste sentido, também notava Baptista Machado que, para se alcançar o verdadeiro sentido do Direito, seria necessário, antes de tudo, compreender a realidade concreta e histórico-social que o sistema jurídico visaria disciplinar.

Posto isto, é tempo de concluirmos o seguinte: Notamos agora que, ao leque de autores como António José Brandão e João Baptista Machado juntamos Cabral de Moncada para podermos reafirmar o que já havíamos dito no início deste estudo: é que o Direito parece realizar-se sob uma certa dependência dos valores da sociedade, dependência essa que lhe garante atingir o seu verdadeiro sentido normativo. Desfazendo equívocos, com isto não pretendemos afirmar que o Direito, ou seu sentido concreto, tendam para a realização dos valores. Só não ignoramos é que, para a prossecução do seu fim, o Direito pode vir a representar esses valores.

Uma outra ideia que se coloca à nossa consideração quando nos propomos estudar as relações que o Direito estabelece com a Ética ou com a Moral diz respeito ao facto de existir um leque considerável de normas jurídicas que, muito embora façam parte do ordenamento

¹⁰ BRANDÃO - cit.5, p.117

¹¹ MONCADA, Luís Cabral de – *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I, pp.58-59

jurídico vigente, não refletem o empenho do legislador na projeção do seu mais profundo sentido de Direito. Relativamente a esta classe de normas, diz-nos João Baptista Machado: “o legislador não procura imediatamente “interpretar” a sua ideia de Direito mas tomar medidas com vista ao efectivo implemento de certos fins do Estado.”¹² São normas que tomam a designação de “leis-medida” e que, por isso, não devem, na opinião do autor, elencar o verdadeiro sentido do Direito. Com afirma, são leis que, “pela sua generalidade e abstracção acabam por definir a norma jurídica por referência à ideia de comando ou imperativo”¹³ e nem todas as normas possuem esta característica, como veremos mais adiante. Também por isso, e porque toda a norma que se apresente sob a forma das chamadas “leis-medidas” não logra atingir o verdadeiro sentido do Direito, Baptista Machado afirma que devem tratar-se de normas que se constituem como “uma categoria à parte” da realidade normativa jurídica. São normas que se colocam à frente da própria realidade, que se colocam à frente do seu próprio objeto e isso não deve ser aceite por todos aqueles que se proponham alcançar as verdadeiras definições do Direito.

Prevalece, pois, o princípio acima introduzido por Cabral de Moncada e seguido por Baptista Machado de que o Direito deve colher o seu objeto na própria realidade que disciplina, na própria realidade histórico-social. Neste mesmo sentido afirma Baptista Machado: “não será legítimo transpor esta ideia para o restante domínio do jurídico, entendendo a “vontade” legislativa como criadora, em boa medida “arbitrária” da própria evolução da sociedade, e como sobrepondo-se a algo que nesta é já teleonomia imanente e anunciadora do devir.”¹⁴

Posto isto, compreendemos agora que o Direito deve refletir não a vontade do legislador mas sim a vontade geral dos cidadãos. A vontade interpretada do legislador deverá corresponder à vontade dos sujeitos a quem as normas irão ser aplicadas, caso contrário, o Direito distanciar-se-á do seu verdadeiro sentido. Considere-se, também, que naquele primeiro cenário, onde o Direito não tem correspondência com a vontade dos cidadãos, Baptista Machado afirma tratar-se de algo que não deve ter correspondência com a realidade jurídica: “Tal atitude só pode conformar-se com a ideia de um legislador vanguardista e jacobino, prepotentemente pedagógico, voltado para o social engineering do iluminado [...]

¹²MACHADO - cit. 1 , p.218

¹³MACHADO - cit. 1 , p.217

¹⁴MACHADO - cit. 1 , p.218

Neste contexto é que seria efectivamente cabida uma orientação subjectivista, preocupada exclusivamente com a determinação da vontade do legislador.”¹⁵.

Compreende-se assim que o autor não se mostra partidário da ideia de que os fins dos Direito devam procurar retratar exclusivamente a realidade jurídica que vise disciplinar. As considerações do legislador e do intérprete devem versar a realidade física e concreta e, também, histórico-social dos indivíduos para que, formando todas essas considerações numa espécie de unidade conceptual da realidade jurídica, possam, respetivamente, aqueles legislar e aplicar eficazmente o Direito.

Por outro lado, e como já confirmámos, constatamos como João Baptista Machado se assume um opositor às teorias positivistas-formalistas quando afirma que *“o que nos separa dos positivistas é, afinal, o irrealismo destes: para eles o legislador é aquela entidade que fabrica uma ordem ex nihilo [...] Daí que não entenda o texto legal como nós o entendemos: como uma “interpretação”, mas uma interpretação autorizada e dotada de particular autoridade, do Direito.*”¹⁶

Vemos como, através da presente teoria, o autor tem o intuito de nos apresentar um sistema jurídico que obedece a uma ordem, - a realidade social, - e dela retira o seu conteúdo e propósito normativo. Isto talvez responda, de alguma forma, à questão que nos colocámos quando versamos o pensamento de A. José Brandão. De facto, o Direito é uma *“realidade juridicamente valiosa”*, para repetir a expressão anteriormente citada, e é igualmente o Direito a *“autoridade”* que legitima essa valorização. Mas para Baptista Machado a ordem jurídica apenas deve interpretar a realidade e não criá-la de novo. Logo, respondendo diretamente à questão colocada, diríamos que, segundo o pensamento deste último autor, quem dita o que seja uma *“realidade juridicamente valiosa”* será a própria realidade social. O Direito tem apenas a função de interpretar essa realidade.

Posto isto, devemos, no presente momento, reter o seguinte. Vimos já que, através da presente obra agora estudada, J. Baptista Machado reconhece que o Direito se relaciona, com alguma profundidade, com os valores que a comunidade jurídica deseja ver concretizados através do mecanismo normativo do Direito. Vimos, também, que a determinação de tais valores fica a cargo do legislador, mas vimos, ainda, que o legislador e o intérprete têm a obrigação de procurar retratar, o mais fielmente possível, as aspirações e vontades da

¹⁵MACHADO - cit. 1, p.218

¹⁶MACHADO - cit. 1, p.216

comunidade. Resta a certeza de saber se isso significa um princípio a respeitar pelo Direito e se ele está inerente a toda a consciência jurídica. Daquilo que nos foi permitido obter de Baptista Machado, conjugado com todos os contributos aqui deixados, fica aberta a possibilidade dessa afirmação. No entanto, vejamos outros pormenores da relação entre o Direito, a Ética e a Moral assente na obra de Baptista Machado que agora nos serve de estudo.

Capítulo I - Reconhecimento Ético do Direito:

1.1 - Do contributo do Direito Natural

Como temos vindo a constatar, o Direito parece definitivamente associar-se às normativas da Ética e da Moral. Vejamos, pois, quais os concretos modos de realização desta possibilidade.

Retomando o nosso estudo, constatamos que para João Baptista Machado o verdadeiro sentido do Direito, afinal, deve estar contido nele mesmo. Através do conceito que nos levará ao verdadeiro sentido da interpretação normativa do Direito, é através do “*referente hermenêutico*” que Baptista Machado se permite descobrir o verdadeiro fundamento para aquela recíproca relação entre o Direito e as normativas éticas. Neste sentido, percebemos que: “*todo o texto, todo o enunciado com um sentido remete necessariamente para algo que está fora de si próprio e que, para a sua compreensão, pressupõe a pré-compreensão, a “presciência” desse algo para que o texto remete*”¹⁷. Assim, e não obstante constataremos, curiosamente, como o sentido do Direito não está contido no texto da norma, o que é facto é que, é este mesmo enunciado textual que nos levará ao encontro desse mesmo objeto buscado: o sentido último do Direito. E note-se que apelidamos de “curiosa” esta forma de procurar o sentido do Direito porque percebemos que, apesar de não negar o verdadeiro sentido positivo do Direito, pois pode esse mesmo sentido ser encontrado na realidade concreta e através de uma figura real que é o legislador, não obstante tudo isso, constata-se, de facto, que o legislador não tem capacidade de previsão de todos os casos a abranger pelas normas criadas. Tal pretensão fica sempre aquém do desejável.

Ora é precisamente porque nos surge esta questão que também sentimos a necessidade de introduzir aqui um dado novo. Falamos, pois, do conceito de Direito Natural. Para Baptista Machado, inerente ao conceito do “*referente hermenêutico*”, está contido aquilo que melhor

¹⁷ MACHADO - cit. 1, p.214

entendemos por Direito Natural. Será mediante esta forma de conceber o Direito que logrará atingir o intérprete a *“função hermenêutica indispensável à compreensão dos textos legais positivos”*.

Sendo, ainda, o Direito Natural uma fonte de inspiração para o legislador do Direito positivo, o mesmo Direito Natural está, também ele, *“coimplicado na realidade histórico-social da vida humana”*. Constituirá, portanto, o Direito Natural o melhor indicador do verdadeiro sentido do Direito. Resumindo isto que dizemos, Baptista Machado afirma: *“Por esta forma, o “Direito Natural” representaria de certo modo o “Étimo” fundante de todo o sentido do jurídico, como uma espécie de princípio regulativo que se poderia dizer transcendente ao direito posto pelo legislador – mas de algum modo imanente na forma de vida social-histórica, como lei de vida e de evolução da sociedade disciplinada pela lei positiva.”*¹⁸

Assim, vemos como João Baptista Machado deixa bem patente na sua visão introdutória do Direito que a capacidade de previsão do legislador é limitada e, por isso, necessita o mesmo de se socorrer dos princípios de um ordenamento paralelo ao Direito positivo.

Ora, posto isto, o que terá, perguntamos nós nesta altura, o Direito Natural a ver com a Ética ou com a Moral? Já verificamos, contudo, que inerente ao verdadeiro e próprio sentido do Direito está a consideração dos valores dos indivíduos organizados em comunidade, e que isto, de alguma maneira, pressupõe uma relação entre o Direito e a Ética. Vimos, também, que o Direito positivo, tomado ainda no seu verdadeiro sentido, requer uma aproximação aos ideais de um Direito Natural, e que se exige face à incapacidade de visão integral do legislador sobre a realidade a disciplinar. Se pudéssemos, em jeito de conclusão, juntar todos estes dados, diríamos numa só expressão que o sentido do Direito é, ainda, o elo de ligação entre os conceitos de “Valor” na expressão do Baptista Machado, “Ética” na expressão que interpretamos do mesmo, e o conceito de “Direito Natural”. É através do sentido do Direito que afinal podemos estabelecer uma relação entre o Direito, a Ética e, o agora conceito dado, “Direito Natural”.

No entanto, retomando as considerações de Baptista Machado, e como confirmámos anteriormente, interpretar com verdade o sentido do Direito implica interpretar os dados que emanam da realidade histórico-social em que o mesmo se insere. Isto, como vimos, implicará, naturalmente, a afirmação de que o Direito apenas captará tal realidade sob a forma dos

¹⁸ MACHADO - cit. 1, p.212

valores e princípios de um Direito Natural buscado, por sua vez, na própria realidade histórica e social.

Melhor esclarecendo esta problemática no pensamento de Baptista Machado vejamos o que no diz Braz Teixeira a seu respeito: *“Na visão de Baptista Machado, esta nova situação especulativa permitirá compreender, desde logo, que, no mundo da cultura, que é o universo próprio do homem, deve entender-se por natural aquilo que, como a língua ou o direito, não é produto de um projeto humano deliberado, embora não faça parte da natureza física.”*¹⁹

De facto, se observarmos com atenção compreendemos que para Baptista Machado as relações que o Direito visa disciplinar estão também dependentes dessa “natureza humana” que é comum a todos os homens. Neste sentido afirma: *“Escapa, na verdade ao Positivismo, enquanto “metafísica antimetafísica”, que tudo aquilo que o homem pode apreender como facto, como acontecimento, como norma positiva ou como sentido de norma positiva é já predeterminado por elementos “prescritivos” decorrentes de estruturas gnosiológicas e de estruturas de sentido que, em cada momento, transcendem o nível de reflexão ou o horizonte visual em que o homem historicamente se situa [...]”* E essa natureza humana leva à necessidade de reconhecimento de um ordenamento que a represente, por isso, continua afirmando: *“A concepção segundo a qual os referidos elementos “prescritivos” suprapositivos nascidos da estrutura de sentido de uma cultura e época histórica apontariam para a ideia de um “Direito Natural historicamente variável”, não parece de molde a dar uma resposta satisfatória ao eterno problema do Direito Justo. À primeira vista, só uma doutrina concebida nos moldes do Direito Natural Clássico (metafísico) poderia ser uma resposta adequada àquela interrogação”*²⁰.

Concluimos, por isso, que neste contexto de fusão entre a natureza e a cultura, Baptista Machado admite defender a clássica visão do problema do Direito Justo, daí que deva entender-se também que o autor manifesta a sua adesão à clássica definição que conhecemos do Direito Natural: *“Neste ponto somos forçados a reconhecer que existe um nexo profundo entre a “natureza” do homem enquanto ser que, emergindo da natura, se constitui no reino da cultura, e a ideia de Direito Natural.”*²¹

No entanto, se por um lado falamos de Direito Natural Clássico quando nos queremos referir ao problema da Justiça, também devemos compreender que se o assunto que tratamos é apenas o assunto do Direito, então aí, João Baptista Machado procura evidenciar a tendencial

¹⁹ TEIXEIRA - cit.8, pp.242

²⁰ MACHADO - cit.1, p.288

²¹ MACHADO - cit.1, p.289

concepção existencialista do Direito, já presentes também no pensamento de Cabral de Moncada, e que levava este pensador a afirmar que o Direito nunca poderia constituir-se num “*tipo único, natural e eterno, de instituições jurídicas, de contornos definidos ou de conteúdo material preciso, perfeitamente deduzível da razão e que se imponha ao legislador como modelo ou paradigma das suas construções normativas, validas para todos os tempos e lugares*”²². De facto, se o legislador cede perante os preceitos de um Direito Natural eterno e universal para melhor conhecer e legislar sobre a realidade concreta do Direito, não poderá, ao mesmo tempo, remeter toda a previsão da norma jurídica aos seus princípios, já que a realidade jurídica a disciplinar é muito mais variável.

Neste mesmo sentido duplo que acabámos de confirmar, igualmente, António José Brandão afirma o seguinte: “*a justiça corresponde tanto ao direito natural da concepção-escolástica como à equidade.*” Quanto ao primeiro conceito esclarece-nos Brandão que o Direito Natural corresponde à “*conservação da existência humana da comunidade, como meio imprescindível de aperfeiçoamento espiritual do homem*”, querendo o mesmo traduzir, por outras palavras, valor universal. Já do segundo conceito se retira que o Direito Natural também deve implicar um “*reconhecimento concreto da particularidade de certos casos e situações da vida, imperfeitamente previstos pelo pensamento legal.*”²³, logo, realidade histórico-social.

Igualmente, à doutrina internacional vai Baptista Machado buscar inspiração para a formulação de um Direito Natural de conteúdo universal, mas dependente do desenvolvimento histórico das sociedades. É, muito provavelmente, através das influências que recebe de Fechner, Welzel ou Maihofer, fiéis representantes do designado existencialismo jusnaturalista, que Baptista Machado procura colmatar o fosso existente entre um Direito Natural de conteúdo universal e um Direito Natural dependente das determinações histórico-temporais.

Do filósofo Fechner adota o autor o seu conceito de “*direito em devir*” e com ele desenvolve o argumento para a concepção de um direito perspectivado em constante diálogo com as diferentes disciplinas do saber, e, por isso, aberto às mais diferentes condicionantes. Como afirma Braz Teixeira a este respeito, conceber “*um Direito Natural flexível, condicionado ou determinado, em parte, pelas circunstâncias sociais, políticas, económicas e históricas, é algo sempre aberto, por a ordem para que tende ter de ser descoberta a partir*

²² *Apud* TEIXEIRA, António Braz - *Sentido e Valor do Direito*, p.218

²³ BRANDÃO - cit.5, p.153

de uma situação de ignorância e de risco, é um Direito Natural de conteúdo em devir (...) uma ordem objectiva para além do direito positivo, que tem de ser desocultada através de uma decisão que o homem deve arriscar pessoalmente e envolve um compromisso total da sua individualidade.”²⁴ Note-se, precisamente, que esta ideia de um direito perspectivado em diálogo, não estanque, dependente e que confia ao homem e à sua individualidade os elementos necessários para a descoberta dos “caminhos” do Direito, é algo bastante motivador para que possamos aqui afirmar a indissociável relação entre o Direito positivo e a Ética.

Mas para que esta possibilidade se verifique é necessário ver o homem como um “*ser aberto ao mundo, que se encontra permanentemente na situação de ter de escolher entre as suas diversas possibilidades vitais*”²⁵. Ora, esta concepção do mundo jurídico recebeu-a Baptista Machado da influência que obteve do pensamento do também alemão e filósofo do Direito Hans Welzel, pensamento esse que traduz o cenário que Braz Teixeira acabou de nos apresentar. Verificamos que, sob a influência deste pensador e da sua concepção de defesa de um Direito de princípios universais, Baptista Machado defende, ainda na expressão de Braz Teixeira, a “*autonomia moral do ser humano*” essencial à construção de um sistema jurídico que se considera permanentemente inacabado.

Do mais novo dos autores aqui mencionados recebeu Baptista Machado, talvez, a sua mais profunda influência. Falamos de Maihofer, cujas concepções do Direito Natural reiteram o que já se disse a respeito do conceito de “*direito em devir*”. Conta-nos novamente Braz Teixeira que, para Maihofer, “*o Direito Natural aparece, assim, como a transcensão do direito positivo, o projecto da missão essencial e histórica do homem na relação com os outros, que é necessário realizar com um incessante esforço comum*” e por isso esclarece que, também neste sentido, “*O Direito Natural, sendo sempre a expressão histórica da vontade de mudar o mundo [...] é abertura ao futuro, à essência humana em devir e não nenhum arquétipo ou paradigma definitivamente estabelecido ou preexistente*”²⁶.

Deve notar-se, no entanto, que o presente conceito de Direito Natural conhece várias facetas e esta que acabámos de ver representa apenas uma de muitas. Para Bras Teixeira, por exemplo, o Direito Natural deve conceber-se como algo uno e indivisível, não dependente, por isso, de quaisquer condicionantes históricas ou sociais. Refuta a possibilidade de se estabelecer qualquer dependência do Direito Natural porque a formulação de uma verdadeira

²⁴ TEIXEIRA - cit.3, p.225

²⁵ TEIXEIRA - cit.3, p.226

²⁶ TEIXEIRA – cit.3, p.223

teoria do Direito Natural depende, como afirma, da “*existência de realidades ou princípios suprapositivos ou supraempíricos que são a fonte da validade e da realidade do direito positivo, o qual deve procurar reflectir ou exprimir nas suas normas ou decisões esse mesmo valor, nunca havendo, porém, coincidência entre aqueles e este*”, ao que conclui: “*o valor é, de si, intemporal, inespacial, supra-histórico, sendo a sua validade permanente e alheia à circunstancialidade e à contingência histórica, e, deste modo, vale em si, independentemente de ser conhecido ou projectado no agir social, na criação legislativa ou na pratica judicial*”²⁷.

Num ponto intermédio de considerações, A. José de Brito refere que, por vezes, o Direito Natural pode ser visto como uma ordem universal de conteúdo concreto. Neste contexto cita Larenz que dizia: “*direito natural, na sua acepção tradicional significa, sempre um direito imutável, pelo menos nas suas linhas fundamentais, válido e igual para todos os povos, na medida em que está fundado na essência do homem.*”²⁸. Por aqui se salvaguarda a concepção clássica do Direito Natural.

Resta saber em que medida é que esta possibilidade se conjuga com a concepção de um Direito Natural estabelecido de acordo com as condicionantes histórico-sociais? Continuando a leitura da exposição de A. José de Brito compreendemos que para Larenz o que poderia valer como “*eterno*” seria o valor do “*espírito do povo*”²⁹. Seria este o elemento que permitira aliar a universalidade dos valores às condicionantes histórico-temporais do Direito Natural. É o que, de resto, apreendemos do seguinte excerto: “*Larenz considera que o princípio do direito é o espírito do povo [...], que considerava uma entidade metafísica, absoluta. Simplesmente, Larenz responderia que o espírito do povo é absoluto mas está em mutação. No entanto, a própria aceitação, como critério do espírito do povo, é que não está em*

²⁷ TEIXEIRA – cit.3, p.180

²⁸ *Apud* – BRITO, António José de – *Introdução À Filosofia Do Direito*, p. 270

²⁹ “*Volksgeist*” ou “*espírito do povo*” corresponde ao conceito que nasceu com o positivismo e a escola histórica de Savigny e dele poderíamos retirar os seguintes traços caracterizadores: “individualidade e variedade do homem [...] afirmação segundo a qual não existe um direito único, igual para todos os tempos e para todos os lugares. O direito não é uma ideia da razão, mas sim um produto da história. Nasce e se desenvolve na história, como todos os fenômenos sociais, e portanto varia no tempo e no espaço. Irracionalidade das forças históricas. O direito não é fruto de uma avaliação e de um cálculo racional, nascendo imediatamente do sentimento da justiça. Há um sentimento do justo e do injusto, gravado no coração do homem e que se exprime diretamente através das formas jurídicas primitivas, populares, as quais se encontram nas origens da sociedade, por baixo das incrustações artificiais sobre o direito criadas pelo Estado moderno.[...] Sentido de tradição. Para a escola histórica este sentimento significa reavaliação de uma forma particular de produção jurídica, isto é, do costume. [...] O costume, é, portanto, um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o “espírito do povo” (*Volksgeist*).”. Para melhores desenvolvimentos destas matérias ler BOBBIO, Norberto – *O positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. pp.51 e ss.

*mutação, a menos que se entenda que o espírito do povo possa deixar de ser o princípio do direito – o que Larenz não sustenta.”*³⁰

E como também nos mostra o próprio A. José de Brito “[...] *desde Suárez, se pode falar numa mutabilidade do conteúdo do direito natural, sem que, evidentemente, o que é essencial, mude [...]*”³¹

Posto isto, afinal o valor a reter como universal é o valor do respeito pela vontade dos cidadãos, como agora se percebe da leitura que fazemos.

Da noção que nos deixa agora o próprio António José de Brito resulta, precisamente, que o Direito Natural pode ser concebível de múltiplas e variadas formas. Se esta não é a verdadeira essência do Direito Natural, pelo menos, já nos diz muito da realidade em que se encontra o mesmo ordenamento. A este propósito afirma: “*O direito natural não é só o direito natural da antiguidade, ou o direito natural chamado cristão, ou o direito natural racionalista dos séculos XVII e XVIII. Quando um deles, na sua especialidade, pretende ser o direito natural em si, o único direito natural, obviamente faz-se uma extrapolação abusiva.*”³². Daqui, igualmente se infere que, para este autor, dessas múltiplas realidades concretas não pode o Direito Natural afastar os seus mais elementares propósitos: “*A verdade, porém, é que o direito natural é uma essência, um paradigma, paradigma e essência comum aos diversos direitos naturais e que não está vinculado a nenhum deles em particular. Um direito natural individualista ou hedonista, ou um direito natural da força não esgotam o direito natural, apenas constituem tentativas de determinar o que é valioso como jus, e nada mais. Sem dúvida há que saber qual o verdadeiro direito natural, mas, o que o caracteriza como direito natural é considerar que ele e só ele deve ser positivado.*”³³

Posto isto, o que deveremos concluir nós a este respeito? Deverá o Direito Natural constituir-se indefinível, como agora nos parece mostrar António José de Brito? Com base no que acabámos de constatar com o autor a resposta a esta pergunta revela-se, também ela, de difícil obtenção de resposta. Resta-nos procurar o máximo de considerações possíveis que se elevem às respostas do Direito Natural.

Ainda a propósito das ambiguidades do conceito do Direito Natural, atentemos o que nos confessa Paulo Ferreira da Cunha: “*É muito complexo explicar com abrangência, verdade e rigor o Direito Natural. Hoje mais ainda. Ele anda mesclado com cortinas de fumo*

³⁰ BRITO, António José de – *Introdução À Filosofia Do Direito*, p.270

³¹ BRITO – cit.30, p.271

³² BRITO – cit.30, p.269

³³ BRITO – cit.30, p.269

legitimadoras e ideológicas, e até muito confundido [...]”.³⁴ Tal significa que o Direito Natural pode ser conciliável com a criação normativa jurídica e que a sua manifestação exige a opção pelo Direito Natural, como se entende ainda: *“Para um Direito que se contente com o fenomético, com esta tópica indiciária [...], o Direito Natural, é uma hipótese dispensável, quando não uma quimera incómoda ou um ópio dos juristas. Para os que, para além e por detrás ou por baixo ou por cima dessa simples existência vegetativa da jurisdição, almejam um sentido, descubram valores, virtudes, princípios, e se preocupem com o conteúdo de justiça, então haverá que perguntar pelo Direito Natural.”*³⁵. Assim, o Direito Natural pode ser considerado como o *“grande inspirador e o grande julgador do Direito positivo”*³⁶.

Uma realidade normativa indefinível mas não indecifrável, assim é tido o Direito Natural para autores como os que se acabaram de fazer referência. Em boa verdade, admite-se uma crise na conceptualização do Direito Natural. O conceito de Direito Natural encontra-se repartido entre a sua clássica definição naturalista e a mais moderna concepção que, sob a designação do jusracionalismo, e desde a era do Iluminismo, tem vindo a colocar o conceito de Direito Natural em sobressalto e constantes reviravoltas. No entanto, e como também podemos perspetivar, pode não fazer grande sentido afastar o atual sentido do Direito da sua clássica designação, pois parece não haver, ainda que para as atuais concepções, um grande interesse em estabelecer um corte ideológico com o jusnaturalismo clássico. Como conclui ainda o anteriormente citado autor: *“Em primeiro lugar, nem todos os jusnaturalistas modernos são contratualistas, partidários de teorias do contrato social. Este é o primeiro mito a desfazer. Ora, mesmo neste aspeto, sobretudo filosófico-político, não se pode afirmar uma rutura completa com o passado, sobretudo o legado aristotélico-tomista, o qual, como se sabe, é exemplo de escola do naturalismo político, não-contratualista. Tal significa que a rutura não foi aqui completa.”*³⁷. Isto para explicar, ainda, que as modernas concepções do Direito Natural trazidas, sobretudo, pelos cultores do jusracionalismo dos séculos XVII e XVIII, e que, pretensamente, procuraram abalar as origens daquele ordenamento, afastando-as do seu cunho naturalista, e aproximando-o do seu trato cultural, afinal, não parecem ter tido as mesmas o impacto que desejariam na estrutura conceptual do Direito Natural.

³⁴ CUNHA - cit. 9, p.337

³⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da – *O Desafio Científico e o Desafio Pedagógico do Direito Natural - Direito Natural, Religiões e Culturas* - I Congresso Internacional de Direito Natural - Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p.124

³⁶ CUNHA – cit. 35, p.128

³⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da – *Do Jusracionalismo Luso-Brasileiro e da Unidade Essencial do Jusnaturalismo - Reflexão Problemática Filosófico-Histórica*. [Em linha]. (2012), [Consult.07/07/2013]. Disponível na Internet: <http://www.hottopos.com/collat12/17-30FC.pdf>, p.24

Assim, concluímos que, primeiro, o Direito Natural clássico nunca deixou de vigorar, mesmo perante as concepções mais modernas e ideologicamente divergentes. Este facto é, de resto, perfeitamente aceite na teoria de Baptista Machado, como vimos. Segundo, o que o jusracionalismo pretendeu implementar de novo com essas teorias modernas do Direito Natural, afinal, a sua maior parte, era já conhecido. *“Dos velhos pactos se passa à ideia, mais explícita, de um contrato. Um contrato social. Também aqui, como vemos, é uma continuidade.”*³⁸.

Resta-nos concluir que estas ocorrências têm, como confirmámos, correspondência no Direito positivo e isso induz-nos à consideração de um Direito necessariamente perspectivado em diálogo com os valores, o que nos leva a concluir a relação ética que subjaz a essa relação. Vejamos, por agora, outras manifestações dessa possibilidade.

1.2 - **Justiça Universal vs. Justiça Particular**

Ao longo da presente exposição temos vindo a constatar na obra de João Baptista Machado a importância de perspetivar o Direito no plano da Axiologia. E isto parece identificável com uma realidade jurídica eticamente perspetivável. No entanto, deve dizer-se que na sua obra faz sentido falar-se de Ética, mas de uma Ética social, como temos vindo a perceber: *“mesmo quando o Direito tutela os sentimentos do povo e a “moral pública” (como frequentemente acontece), estes valores éticos não são afinal protegidos por si mesmos, mas na medida em que a violação se converte numa perturbação prejudicial à sociedade como ordem de convivência. O que está em causa é mais o “dano social” que a defesa dos valores éticos por si mesmos.”*³⁹

Com vemos, parece limitar-se o carácter ético do Direito ao estrito interesse social. Seguindo os valores sociais, o Direito recebe influência das normativas éticas, mas só neste sentido. Inerente a esta realidade podemos, segundo Baptista Machado, adotar o conceito de *“tutela dos interesses”*. Deste conceito retiramos a ideia de que ao Direito cabe apenas punir as condutas que desrespeitem os interesses ou bens juridicamente tutelados. *“Para que uma conduta seja juridicamente censurável deve afectar um dos interesses tutelados e afectá-lo numa medida socialmente relevante”*⁴⁰. O que determina o interesse ético é o interesse social desses valores éticos. O interesse social acompanha sempre o interesse ético.

³⁸ CUNHA – cit.37, p.25

³⁹ MACHADO - cit. 1 , P.61

⁴⁰ MACHADO - cit. 1 , P.61

Mais uma vez confirmamos que é ainda em nome de fatores externos, em nome dos interesses da coletividade, que se justifica a defesa dos valores do Direito. Lembremos a este propósito a definição da “*predeterminação do juridicamente valioso*” de A. José Brandão para constataremos que também Baptista Machado faz depender de condicionantes externos a pertinência dos próprios valores. Vemos que para Baptista Machado o Direito não tem por finalidade perseguir os valores éticos por princípio. Apenas o fará se o interesse social ou Bem comum o reclamarem.

Contudo, se o Direito é uma espécie de instrumento de medição dos interesses da sociedade, e se se verifica, igualmente, através dessa função, que o Direito exerce, uma certa e preponderante “desvalorização” dos valores éticos, como se tornará possível defender, ainda, uma Ética que se coaduna com uma ética individual, em tudo dependente da personalidade dos indivíduos, se, afinal, na concepção de Baptista Machado, a única Ética defensável é a Ética dos valores e dos interesses da sociedade, projetados, unicamente, para atingir o Bem comum?

A questão que nos colocamos agora esclarecer merece ser respondida à luz do problema da diferenciação dos conceitos de Justiça universal e de Justiça particular. Só ela nos indicará os motivos porque, cada vez mais, a consideração dos valores éticos se encontra remetida para um plano secundário de interesses, como acontece agora segundo a concepção que colhemos de Baptista Machado.

Seguindo o legado aristotélico, é sabido que o Direito cuida de uma Justiça perspectivada para o que é relativo, particularizado. Neste sentido, afirma-se: “*O Direito cura apenas da Justiça particular e não da Justiça virtude, a justiça geral*”⁴¹.

Na sua tese de mestrado *Justiça Particular e Justiça Social*, Sérgio Fernandes afirma que o Direito está mais associado à Justiça do que à Moral, isto porque, acima de tudo, o Direito é relacional, o que determina que os seus fins não estejam adstritos à vontade unilateral dos sujeitos: “*O corte epistemológico do Direito com a Moral (Isolierung) surge nesta perspectiva objectiva. O Direito é o resultado de uma busca que tem como fim a Iustitia. Justiça esta que tem por objecto o to dikaion apontado e que assume sempre um carácter relacional: envolve um alter. Por isso se afirma que a justiça enquanto virtude particular é sempre de índole social.*”⁴²

⁴¹CUNHA, Paulo Ferreira da - *AMOR IURIS – Filosofia Contemporânea do Direito e da Política*, p.59

⁴²FERNANDES, Sérgio Fernando Ferreira - *Justiça Particular e Justiça Social*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2010, Tese de Mestrado, p.36

Posto isto, será que é do fundamento da cisão entre uma Justiça virtuosa e universal e uma Justiça jurídica e relativa que, obrigatoriamente, teremos que assumir que o Direito é um sistema normativo que pouco ou nada deve à Moral?

Procurando respostas para esta questão, também não devemos olvidar que o Direito não é só Direito, o Direito é ainda Ética e Moral, ainda que sob um pressuposto conteúdo mínimo. *“O Direito não é, de modo algum, uma moral armada, mas acabada por constituir, no seu mais profundo ser, uma “secularização” de um mínimo denominador moral comum. [...] Lembremo-nos sempre da máxima dos Romanos: non omne quod licet honestum est. O Direito não é polícia moral. Mas é inconcebível um Direito imoral, no sentido de contrário não à moral “dominante”, mas à moral natural ou comum, ao “mínimo ético”, se preferirmos.”*⁴³

Neste mesmo sentido, Adelino Maltez, fazendo uso da expressão de Miguel Reale, defende que essa *“vontade firme de dar a cada um o que é seu”* é, também ela, tradutora da mais perfeita noção de Justiça porque, afinal, ela é *“expressão ética do princípio da igualdade.”*⁴⁴

No entanto, outra verdade que também não deve ser ignorada é a de que *“o metro da justiça distributiva não é padrão da proporção aritmética da justiça contratual [...] é inseparável da justiça social ou geral [através da qual] já não se está no plano meramente social, como ainda acontece na justiça distributiva, mas sim no plano de uma sociedade politicamente organizada, onde, segundo São Tomás, a lei ordena os actos de todas as virtudes ao bem comum. Naquela sociedade onde, segundo Eric Weil, se permite a intervenção nos interesses particulares para os elevar ao nível universal.”*⁴⁵. Isto para dizer que a Justiça que se procura não haverá de ser só a justiça distributiva.

Por isso, também se defende que *“Aristóteles só existe depois de Platão e por causa de Platão. [...] Com efeito, em Platão há um excesso de virtude, uma espécie de violência do bem, [...] Sabe-se que há luz, esplendor, felicidade, bem mas ficamos limitados por não podermos olhar a luz de frente e, presos à sensação de jamais ser possível atingir o bem.”*⁴⁶. Daí o espaço guardado para uma Justiça Universal, uma Justiça do Bem, ainda que de acordo com um certo “mínimo ético”.

⁴³CUNHA - cit.4, p.67

⁴⁴ Apud MALTEZ, Adelino - *Princípios de ciência política. Introdução à Teoria Política*, pp. 175-176

⁴⁵ MALTEZ, Adelino - *Princípios de ciência política: Introdução à Teoria Política*, pp. 176-177

⁴⁶ MALTEZ - cit.45, p.170

Respondendo deste modo à anterior questão, e feita esta análise introdutória, confirmamos que também João Baptista Machado assume o que aqui nos serve de referência, e que, em termos gerais, serve quer para a concepção da Justiça, quer para a concepção do Direito. Como afirma: “*não deve esquecer-se que a Justiça é um valor ético e que às normas de Direito inere a pretensão de realizar esse valor.*”⁴⁷

Assim, se tomamos como princípio que para Baptista Machado os valores éticos se realizam através da Justiça, já que esta elenca o valor máximo dessa representação ética, devemos agora reter algumas outras considerações acerca da justificação e dos motivos que nos são apresentados para adotar esta mesma teoria. Tal exercício exige que se recue um pouco atrás para podermos relembrar alguns aspetos que vimos na sua obra a propósito do carácter transpositivo do Direito. Façamo-lo nos termos que se seguem.

Pelo que depreendemos da leitura da obra de João Baptista Machado, compreendemos que o Direito não deveria bastar-se com a simples justiça do caso concreto ou com a dita Justiça particular. Como afirma o próprio: “*Se o Direito Positivo remete sempre para além de si, se ele na sua positividade é já necessariamente e sempre de certo modo “transpositivo”, aparece-nos também como a expressão ou “interpretação” (autorizada) do princípio de Justiça extrapositivo (...). E de novo nos achamos prisioneiros de um regressum ad infinitum.*”⁴⁸.

Dos motivos porque o sentido do Direito remete, na sua visão, para algo que transcende a própria realidade concreta já os havíamos confirmado no capítulo anterior. Resta saber, neste momento, como adquire também a Justiça este carácter transcendente, constituindo-se numa fiel representante dos valores e princípios universais, como se presume. O exercício merece cautelas já que não nos podemos alhear da realidade concreta da sua aplicação, como percebemos da leitura que acabámos de fazer à obra de Baptista Machado. Veremos de seguida como tudo se constroí para este autor.

Como igualmente nos é dado a constatar por Baptista Machado, a vantagens de se considerar a Justiça como uma realidade independente dos dados concretos da realidade física, prende-se com o facto de que essa mesma realidade, ou conhecimento que dela se tem, é algo que está em permanente construção. De facto, o que aqui nos quer transmitir o autor resulta na ideia de que a realidade é um dado sempre inalcançável. Desconhece-se hoje a realidade tal como ela é, assim foi no passado e assim será no futuro, como nos mostra aqui

⁴⁷ MACHADO - cit. 1, p.62

⁴⁸ MACHADO - cit. 1, p.212

novamente António José Brandão: “o homem só conhece o que existe. Isto nem sequer se discute. Contudo, nem tudo quanto existe é actualmente conhecido. A atitude esclarecida da razão, como já Pascal o disse, consiste em reconhecer o seguinte: que há um número infinito de coisas que a ultrapassam. [...] A justiça, portanto, se existe, escusa de ser actualmente conhecida. O seu «em si» não depende do seu «para nós».”⁴⁹

Como nos explica ainda este autor, a “*trans-inteligibilidade*” é algo que apenas pode ser atribuível à capacidade cognitiva ou de interpretação dos sujeitos, não se relacionando em nada com a própria ontológica dos seres. Logo, o nosso desconhecimento da realidade não se deve apresentar como argumento válido para a arguição da “*trans-inteligibilidade*” da Justiça.

No entanto, torna-se necessário deixar também uma outra nota. Anteriormente, na obra de J. Baptista Machado, vimos que nem só da existência transpositiva vive e se apresenta o sentido do Direito. Este também conhece uma forma menos “verdadeira”, mais ofuscada, de se mostrar. Lembremo-nos do caso das “leis-medidas”, cuja visão do legislador não tem o propósito de transcrever os valores da comunidade jurídica. Ora, como nos conta Baptista Machado, ao que parece, o mesmo se passa com a Justiça. Como afirma, existe uma fase de realização da Justiça que não logra alcançar o seu verdadeiro sentido. Esta fase, diz-nos, corresponde a uma fase de formalidades e de tramitações processuais, reflexo das contingências das situações reais, que não permitem ao intérprete pensar a Justiça de acordo com o seu estado mais puro. Recorrendo ao pensamento de LARENZ para melhor esclarecer a sua perspectiva, afirma: “o conteúdo de sentido dos princípios do Direito Justo escapa à nossa concepção directa e só se nos manifesta ou dá a conhecer “*mediatizadamente*”, isto é, através da sua concretização no Direito Positivo.”⁵⁰ Portanto, só na realidade disciplinada por um sistema normativo podemos visualizar verdadeiramente o conteúdo dos princípios universais de um Direito Justo.

Ora, se assim é, então, em última instância, será através do caso concreto que retiramos o conteúdo do princípio da Justiça universal. E se assim é, consequentemente, a Justiça particular que se visa alcançar através do caso concreto é, também ela, condizente com os princípios de uma Justiça Universal, confirmando-se, mais uma vez, a presença daquele “*mínimo ético*” que toda a Justiça particular comporta.

⁴⁹ BRANDÃO - cit.5, p.110

⁵⁰ MACHADO - cit. 1 , p.292

Por outro lado, uma segunda fase existe também no plano da realização da Justiça, através da qual nos é possível verificar a projeção das suas verdadeiras e mais complexas atribuições. Este momento corresponde àquilo que o autor designa por “*Direito em devir*”. Será através do chamado “*Direito em devir*” que ao intérprete do Direito será permitido obter, com maior margem de manobra de reflexão do próprio sistema jurídico, o completo significado do valor da Justiça.

É, de resto, sob esta segunda forma de conceber a Justiça, onde o Direito se perspetiva de uma forma ideal mas em contacto com a realidade, que, como se prevê, João Baptista Machado dá maior destaque à apreciação de um sistema jurídico pensado e projetado de acordo com as normativas éticas. Será sob esta forma de conceber o Direito, ou seja, sob esta forma de “*direito em devir*” que, como diz o autor, “*A filosofia do Direito e a Ética filosófica encontram aí uma zona de convergência*”⁵¹. Só através do chamado “*Direito em devir*” é que nos será verdadeiramente possível afirmar uma relação próxima entre o Direito e a Ética, pois, só nesse campo, “*o jurista entra em contacto mais directo com os grandes princípios do Direito que são, ao mesmo tempo, grandes princípios éticos.*”⁵².

Finalmente, só agora obtemos de João Baptista Machado a afirmação de que existe uma relação a determinar entre as normativas éticas e as normativas jurídicas, muito embora, já a tivéssemos constatado por via das considerações que a seu respeito viemos a formular.

Neste momento já nos é possível estabelecer um segundo e novo ponto de conclusão. Com tivemos oportunidade de constatar, o problema que nos era colocado inicialmente foi o seguinte: Confirmámos como o Direito pode ser estabelecido em comunhão com os princípios éticos, contudo, isto apenas seria concebível, como vimos, através de uma forma limitada, já que a Justiça que o Direito visa é, essencialmente, uma Justiça mais particular. Como vimos também, as causas para a ocorrência deste facto devem-se à estreita relação que o Direito estabelece com a realidade concreta dos indivíduos, o que obriga o sistema jurídico a voltar-se, na sua grande maioria, para a prossecução de uma justiça o mais concreta possível, sem deixar de atender, no entanto, aos grandes princípios da Justiça universal. Neste mesmo sentido, João Baptista Machado considera que este é um argumento perfeitamente válido, e que não deve ser de se excluir do campo de realização prática do Direito os princípios mais elementares de uma Justiça ideal e, com ela, uma Justiça Universal.

⁵¹MACHADO - cit. 1 , P.62

⁵²MACHADO - cit. 1 , P.62

Mas como acabámos de referir, o valor a perseguir pela Justiça Universal, e que se diz valor ético, só pode assumir-se como um objetivo a perseguir pelo sistema normativo jurídico quando o que estiver em causa seja a Justiça do caso concreto, a Justiça particular. Apenas passando por esse crivo exigido pela fórmula do *suum cuique*, que manda que a cada indivíduo lhe seja restituído o que lhe pertence, só aí pode a Justiça identificar-se com os seus princípios universais e, com ela, pode o Direito assumir-se em toda a sua plenitude ética.

Aliás, já A. José Brandão, defendia a distinção entre a “*Unidade da Justiça*” e a “*pluralidade das suas concretizações históricas*”, lembrando-se, ainda, da velha máxima: *Leges innumerae, una justitia*. A Justiça é só uma, as leis são inúmeras e variadas. “*A justiça, em si, é um valor*”, afirmava, “*Coisa diferente são as normas da justiça, que os homens conseguem visualizar. E estas é que gozam de validade temporal.*”⁵³.

Tal como vimos ser defendido por J. Baptista Machado, também A. José Brandão tinha a necessidade de distinguir, sem separar, a Justiça Universal da Justiça particular. Não devemos confundir toda a Justiça com as leis criadas pelos homens porque nem todas a suportam, e, por isso, “*Partir do preconceito que ela é um valor absoluto seria artificial*”, tomando, ainda, as palavras de A. José Brandão. Logo a única solução que se nos apresenta prende-se como um conceito de Justiça Universal procurada na própria realidade concreta. “*Só resta, pois, o único processo seguro, embora difícil e demorado: procurar a unidade através da própria diversidade, tentando descobrir o princípio ideal a-priori de que ela depende.*”⁵⁴

Posto isto, seria interessante para o presente estudo reter um pouco mais a nossa atenção sobre o pensamento de António José Brandão no que à problemática da Justiça diz respeito, pois, parece-nos que podemos encontrar um outro argumento a favor da estabilidade da relação entre o Direito, a Moral e a Ética. Vejamos, então, o seguinte ponto.

Como afirma António Braz Teixeira, António José Brandão, na sua linha de pensamento marcada por um “*espiritualismo idealista em que ser e razão reciprocamente se implicam*” faz da compreensão das temáticas da Filosofia, na qual a Justiça se encaixa com todo o seu propósito, um problema colocado não só aos planos da racionalidade, mas também aos planos ontológico e empírico. Como afirma Braz Teixeira: “*António José Brandão entendia que razão filosófica se nutre de experiência*”.⁵⁵

⁵³ BRANDÃO - cit.5, p.125

⁵⁴ BRANDÃO - cit.5, p.127

⁵⁵ TEIXEIRA - cit.8, p.204

Parece-nos, então, que este último autor referenciado procurava fazer subtrair de toda a experiência dos homens os dados a considerar para a elaboração dos grandes princípios da Justiça. Aqui, a experiência é elevada ao expoente do Valor e este é um importante dado a reter, já que nos indica outras origens da formação dos valores éticos a perseguir pela Justiça. Se a Justiça se nutre da experiência dos indivíduos, e esta se estabelece através das considerações que os mesmos criam através dos seus instrumentos psicológicos em conjugação com as vivências geradas em contexto de relação com os outros, então, também a Justiça não depende somente da relação entre as partes. Mais uma vez, a Justiça justifica a eticidade jurídica, contudo, note-se, um pouco mais acentuada pela influência do factor: “experiência”.

Nesta mesma linha de pensamento, encontrava-se já L. Cabral de Moncada. Este pensador admitia que na procura desse valor universal perseguido pela Justiça, só à Moral caberia a tarefa de alcançar a solução para o quase perfeito esclarecimento da Justiça que, ao longo do avançar dos tempos, se moldaria consoante o evoluir da Humanidade. Seria preciso, pois, conhecer os homens e os seus comportamentos para melhor aplicar a Justiça.

Com nos mostra António Braz Teixeira “*o seu que é de cada um*” indica, por si só, uma relação de dependência com a individualidade do sujeito. Neste sentido, afirma: “ [...] *o seu que há que dar a cada um em que a Justiça consiste ou a que se refere tem de ser aqui entendido num sentido ontológico radical [...]*”⁵⁶ Traduzido por outras palavras, o sentido de Justiça aqui presente refere-se, na opinião de Braz Teixeira, à “*liberdade de cada um ser ele próprio e poder cumprir-se enquanto pessoa*”.⁵⁷ Assim, Braz Teixeira traz a este estudo o complemento que já os anteriores autores deixaram e que nos aproxima ainda mais da possibilidade de conceção de uma Ética voltada para a individualidade do sujeito, já não tanto ligada àquela Ética social ou do Bem-comum.

Torna-se, finalmente, defensável um ideal ético condizente como os valores próprios de cada um. Não são mais dos valores da sociedade que agora falamos, como nos mostra ainda Braz Teixeira: “*Sendo, pois, insusceptível de ser definida ou deduzida genérica e abstractamente pela razão, a Justiça apenas pode ser intuída no caso concreto, mediante a emoção ou o sentimento avaliador ou sentimento moral ou de Justiça, do qual, contudo, é possível dar razão, pois possui a sua verdade que, não sendo do domínio lógico-dedutivo, não deixa de ter a validade e garantia próprias das «razões do coração» ou do «saber do*

⁵⁶ TEIXEIRA - cit.3, p.311

⁵⁷ TEIXEIRA - cit.3, p.312

coração» de que falava o nosso rei D. Duarte, da experiencia imediata e da vivencia dos valores.”⁵⁸

Aliás, neste sentido, já Hans Kelsen nos permitiu compreender que a fórmula do *suum cuique* poderia ter a mesma natureza que têm alguns princípios da Moral, tais como o que resulta da regra «*não faças aos outros o que não queres que te façam a ti*». Neste sentido afirmava: “*Aquela [a supra citada regra moral e que o autor designa por regra de ouro] pressupõe, como esta [a fórmula do suum cuique], uma ordem normativa que fixe as determinações (regulamentações) decisivas, que prescreva como é que devemos ser tratados. Tal como acontece com a fórmula do suum cuique, também com a regra de ouro se harmoniza toda e qualquer ordem social, especialmente, toda e qualquer ordem jurídica positiva.*”⁵⁹ E o mesmo se afirma da fórmula de Kant e do seu “imperativo categórico”: “*«Age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal*».”⁶⁰ A este respeito Kelsen mostra-nos que também ela deve ser comparável à Justiça, não enquanto “*norma de justiça, mas como um princípio geral e supremo da moral no qual está contido o princípio da Justiça*”.⁶¹

Em conclusão, quando temos como ponto de análise estes três preceitos referenciados e o elo de ligação entre eles assenta, como constatamos, no problema da boa conduta dos homens, traduzido, por outras palavras, nos problemas do Bem e do Mal, dá-se uma espécie de equiparação entre os princípios da Justiça e os preceitos da Moral. Traduzindo isto mesmo, Kelsen afirma: “*Tal como o princípio do suum cuique ou a regra de ouro, também o imperativo categórico pressupõe a resposta à questão de como devemos agir para proceder bem e justamente como previamente dada por um ordenamento preexistente.*”⁶². Porque “*o que é bom e o que é mau compreende-se de per si (é de per si evidente). [...] não precisa se ser respondida por uma ciência da moral.*”⁶³, o problema do Bem e do Mal é também um problema da própria Justiça é também um problema do *suum cuique*. O que se constata é que, tanto esta, como qualquer outra fórmula utilizada para determinar a conduta dos homens, trazem implícita a necessidade de discussão dos problemas éticos mais elementares como os que aqui se exemplifica.

⁵⁸ TEIXEIRA - cit.3, p.320

⁵⁹ KELSEN, Hans - *A Justiça e o Direito Natural*, p.56

⁶⁰ Apud KELSEN, Hans - *A Justiça e o Direito Natural*, p.56

⁶¹ KELSEN - cit.59, p.56

⁶² KELSEN - cit.59, p.62

⁶³ KELSEN - cit.59, p.62

Posto isto, de tudo o que vimos a respeito desta diferenciação entre a Justiça Universal e a Justiça Particular ressaltam as seguintes gerais considerações: Saber até que ponto a Justiça do caso concreto leva os indivíduos a considerarem o Direito sob o ponto de vista ético, permitiu-nos compreender porque é que na obra de J. Baptista Machado toda a norma jurídica comporta um fundamento ético. Como vimos, independentemente da forma que tome, toda a norma jurídica contém, em si, o valor da Justiça. E se assim é, então, todo o Direito possui um fundamento ético, ainda que “mínimo”, como se defende entre os autores, já que a Justiça é o valor máximo a perseguir pelo Direito.

Assim, confirmamos como para Baptista Machado, A. José Brandão, Cabral de Moncada, Braz Teixeira, Adelino Maltez ou Paulo Ferreira da Cunha, a Justiça, enquanto valor ético, deve procurar inteirar-se das condições reais da sua aplicação e dela deve o Direito, sob um critério ético, ainda que mínimo, depender. É por isso que vemos o conceito de Justiça universal aliado ao conceito de Justiça particular.

Do que vimos na obra de João Batista Machado somente podemos concluir pela estreita relação que entre o Direito e as normativas éticas se estabelece. A prová-lo temos a própria transpositividade da Justiça que guia o Direito para além das concretas manifestações práticas. Em nome de uma Justiça ideal, o intérprete anseia por ultrapassar os obstáculos que a sua ignorância da realidade lhe impõe. E isto leva-o a um contacto com os mais elementares princípios éticos.

Concluindo, constata-se que, mais uma vez, ficou aqui reforçada a ideia de que o Direito está, acima de tudo, voltado para o valor da Justiça e que esta, independentemente da forma que tome e dos valores que transporte, garantirá o fundamento e a justificação para que se possa conceber um sistema jurídico em diálogo com as realidades éticas. Respondendo às continências que, entretanto, se mantiveram, tornou-se possível compreender que os valores éticos que a Justiça persegue correspondem aos valores dos indivíduos, perspectivados em comunidade e promovendo o chamado “Bem-comum”, ou individualmente, tomando os aspetos íntimos ou da experiência do sujeito como critérios fidedignos do alcance da perfeita Justiça.

Contudo, se se ignorar por completo esta realidade e não se aceitar a dependência do Direito por um sistema de Justiça ideal ou universal, com toda a certeza, o sentido Ético do Direito ficará perdido no meio das considerações dos intérpretes. Por isso, o argumento mais forte do qual nos podemos munir para podermos afirmar a existência de um Direito estabelecido em relação com uma determinada ordem normativa ética terá que passar,

necessariamente, pela busca e enquadramento do valor da Justiça, independentemente de saber se falamos da Justiça universal ou de uma qualquer Justiça particular.

Constatada a relação entre o Direito, a Ética e a Moral nos termos que agora elaboramos, resta saber quais as formas de manifestação mais evidentes que, na prática, João Baptista Machado reconhece e que lhe permitem afirmar esta mesma realidade. Para tal tomemos como exemplo alguns critérios de distinção que se afirmam sobrepostos àquela relação.

Capítulo II - Critérios de Distinção

2.1 - Do Critério do “*Mínimo Ético*”

Antes de tudo, devemos considerar que na opinião de João Baptista Machado a questão que envolve a relação do Direito com a Ética ou com a Moral deve colocar-se sob o prisma do critério do “*mínimo ético*”. Este critério que aqui já foi falado algumas vezes procura, conforme a maioria das opiniões defendidas, encontrar um mínimo da representação dos valores éticos através da criação normativa jurídica.

Neste sentido, Baptista Machado não deixa de responder ao problema da interpretação do critério do “*mínimo ético*” do Direito. Conhecer a posição do autor a este respeito garantir-nos-á reforçar a ideia de que o Direito sofre uma considerável influência das normativas éticas. Vejamos, então, qual a proposta que nos apresenta o autor.

No seu modo de ver, a principal função do critério do “*mínimo ético*” não deve pautar-se pela procura de qualquer valor ético visado pela norma jurídica. Na sua opinião, o que realmente importa para o critério do “*mínimo ético*” deverá antes passar pela procura do interesse em atribuir relevância jurídica aos princípios éticos por via da criação legislativa. Havendo esse interesse, encontrar-se-á, por si só, justificada a representação ética da norma jurídica.

Ora, pelo que vimos até aqui, com facilidade falaríamos aqui da relevância ou do interesse em manifestar os valores éticos através do Direito. Pelo que acabamos de constatar, devemos considerar que o Direito tem todo o interesse e propósito em dar destaque aos valores éticos. Os motivos que nos levam à presente afirmação foram já todos enunciados na exposição anterior, no entanto, ficam aqui traduzidos nas seguintes notas.

Primeiro, o Direito possui caráter ético porque, como vimos, uma parcela considerável da criação normativa exige a ponderação dos valores e dos princípios que guiam as ações dos homens. Vimos também como os valores podem ser estabelecidos em perfeita relação com o

conceito da Ética. Mas, se isto não é critério suficiente para aferir o “*mínimo ético*” do Direito, lembremos aquilo que dissemos a propósito da exigência de se perspetivar o Direito sob motivações de carácter axiológico, onde os valores sociais dos indivíduos se constituem fonte de inspiração para a produção normativa jurídica. Seja ainda porque as normas do Direito visem, como vimos, a proteção e o respeito pela ordem social, evitando, com isso, o chamado “dano social”, nem por isso, parece agora querer afirmar-se, o Direito deixa de dar destaque e representação aos valores éticos, pois, o interesse geral que é tutelado pelo Direito, afinal, é condizente com uma ordem ética;

Em segundo lugar, a propósito ainda do chamado “*referente hermenêutico*”, vimos que o verdadeiro sentido do Direito deve, na opinião de J. Baptista Machado, ser procurado através do próprio Direito Natural, um conceito que é tradutor dos verdadeiros valores e princípios éticos.

De resto, lembremo-nos somente da referência que fizemos à Justiça. Enquanto valor, a Justiça é, relembrando novamente A. José Brandão, a representante do “*valor moral da imposição do Direito*”, e esta, como vimos também com J. Baptista Machado, contemplar-se-á sempre na mais ínfima forma de produção normativa jurídica, mesmo que isso, por vezes, não seja diretamente visualizável. Por isso, se toda a norma jurídica traduz, pelo menos, a presença de um valor, o valor da Justiça, tal facto traduz e legitima a mais do que evidente afirmação de que é justificável atribuir relevância ética às normas do Direito. Assim sendo, passemos de imediato ao critério seguinte.

2.2 - Do Princípio da Liberdade

Deve deixar-se aqui claro que nem só do critério do “*mínimo ético*” subsistem as manifestações de uma relação próxima entre as normativas do Direito e da Ética. Também na obra de João Baptista Machado um outro importante critério surge para aferir aquela relação. Este critério é duplo e está estabelecido em direta relação com o carácter heterónimo e coercivo que o Direito também apresenta. Antes de mais, vejamos em que consiste a definição dos conceitos agora em estudo.

Considerando que a função do primeiro, o critério da heteronomia, visa o condicionamento do comportamento dos indivíduos, direcionando-o para a observância do estipulado cumprimento das normas jurídicas; e tendo presente que o segundo critério garante e reforça o primeiro, através do carácter punitivo que o Direito comporta em caso de infração das suas normas, é interessante notar como, segundo estes dois critérios, se compreende que,

por vezes, se sinta a necessidade de distinguir o Direito da Ética, desde logo, pela seguinte consideração: Quer pela via do carácter imperativo do Direito, quer pela correspondente forma de se impor coercitivamente, percebemos como o formal cumprimento do Direito não depende da vontade dos seus destinatários. Segundo estes critérios, O Direito sobrepõe-se, pois, à vontade dos indivíduos.

No entanto, como sabemos, esta imposição deve conter, em si, o fator que lhe garante legitimidade e, por isso, o mesmo carácter obrigatório faz-se acompanhar do igual carácter geral e abstrato que toda a norma jurídica deve conter. Por isso se referia João Batista Machado a uma *“autónoma aceitação global da ordem jurídica”*, para traduzir, precisamente, essa legitimidade necessária à imposição de qualquer norma jurídica. Seria, finalmente, neste contexto que, segundo João Batista Machado, se assumiria todo o propósito da separação entre o Direito, a Ética ou a Moral, sobretudo, porque estas se constituíam áreas de atuação onde, como diria o autor, *“o subjectivismo ou a consciência de cada um seria terreno demasiado inseguro.”*⁶⁴.

Contudo, devemos deixar claro, também, que os fins que o Direito se propõe perseguir não devem ignorar a vontade e os interesses gerais dos indivíduos. Como já questionava o próprio Baptista Machado: *“como pode justificar-se esta heteronomia do Direito? Não é em princípio ilegítima qualquer limitação da autonomia ou liberdade da pessoa humana?”*. Baptista Machado responde apontando os limites dessa possibilidade. Como diz, não haverá lugar à ilegitimidade da restrição da liberdade quando aquela heteronomia do Direito tem como finalidade proporcionar, precisamente, a liberdade e autonomia dos sujeitos. Partidário de Rousseau, Baptista Machado responde à própria pergunta que formula: *“só um poder que vise impor uma heteronomia a seres livres carece de justificar-se ou legitimar-se. Porém, um poder informado pelo desígnio de assegurar e promover a um nível superior essa mesma liberdade (autonomia) dos seres livres, justifica-se ou legitima-se de per si: ele não funciona em último termo como um poder de coerção, mas como um poder de libertação ou de promoção dessa mesma liberdade inerente aos seres humanos.”*⁶⁵

Vemos que é, precisamente, em nome do princípio da autonomia individual de cada cidadão que, em último termo, se justifica o carácter obrigatório e coercitivo do Direito. De resto, é o próprio Direito que vem, antes de tudo, legitimar toda a coação jurídica. *“Podemos*

⁶⁴ MACHADO - cit. 1, p.60

⁶⁵ MACHADO - cit. 1, p.265

*dizer, portanto, que ao Direito não é inerente a coação, nem lógica nem ontologicamente. Bem pelo contrário, é o Direito que legitima a Força. O Direito requer uma Força, sim, mas uma Força já legitimada pelo Direito, já por ele regulada no seu exercício – isto é, já conforme à ideia de Direito (ou à Justiça).”*⁶⁶ Dizer isto, é dizer, depois de tudo o que vimos até aqui, que o critério da coercibilidade jurídica justifica-se, ainda, em nome do sentido do Direito. Ora, este, como já perspetivamos, ganha contornos éticos nos limites dos valores a perseguir pelo Direito. Se assim é, igualmente, poderíamos agora conjecturar que também o critério distintivo em causa ganha contornos éticos.

No entanto, e neste mesmo sentido, vemos como outros autores partilham com J. Baptista Machado a opinião de que o Direito se justifica, ainda, em nome da materialidade dos princípios que sustentam todo o sistema normativo jurídico.

Embora indiferente ao princípio da Autonomia dos sujeitos, Luís Cabral de Moncada justifica a correspondente obrigatoriedade e coercibilidade do Direito através dos valores que o mesmo persegue. Quanto à questão da obrigatoriedade do Direito, sob a designação de “Dever-ser”, o pensador apresenta-nos a sua melhor justificação para o carácter imperativo do Direito: *“O homem que obedece às normas de direito, desde que o faça conscientemente, tem de o fazer no sentimento de quem presta uma homenagem a certos ideais de valor, mesmo que isso lhe custe. Só assim, mediante esta opinio juris vel necessitatis que acompanha o ato, qualquer que seja o grau de espontaneidade com que ele é praticado, este será um ato jurídico”*⁶⁷. Já no que à questão da coercibilidade diz respeito, Luís Cabral de Moncada mostra-nos que o sistema jurídico exige o seu respeito, ainda, em nome dos valores e princípios éticos desde que isso se torne necessário à própria organização e coesão sociais. Neste sentido se justifica o próprio carácter coativo do Direito. Aqui, o Direito *“Torna-se coactivo, ainda em homenagem a um “dever-ser” moral, só na medida em que o não acatamento espontâneo dos seus preceitos por parte de alguns homens arraste necessariamente consigo: ou a ofensa dos direitos de outros, ou a ruína da ordem social estabelecida.”*⁶⁸

⁶⁶ MACHADO - cit. 1, p. 39

⁶⁷ MONCADA, Luís Cabral de – *Filosofia do Direito e do Estado*. Apud TEIXEIRA, António Braz - *Filosofia jurídica Portuguesa Contemporânea*, p. 46

⁶⁸ MONCADA - cit.67, p.47

O mesmo se diga a respeito do que nos deixa antever A. José Brandão. Também na obra deste autor encontramos defendida a ideia de que o cumprimento de uma norma jurídica, assim como o cumprimento de qualquer norma de outra espécie, não depende, primeiramente e em exclusivo, do poder coercitivo da sua imposição. Segundo as suas considerações, os princípios da Liberdade e da Autonomia constituem-se os motores geradores para o acatamento de qualquer norma jurídica, seja ela de origem moral ou jurídica. Como diz: *“Só assim se compreende que o homem autodirija a vida. Não fossem livres as suas decisões e teleologicamente determináveis os seus actos, nunca chegaria ele ao lugar que ocupa no mundo, apesar da sua pequenez cósmica.”*⁶⁹

Posto isto, fica aqui expresso mais um critério que nos permite afirmar, com relativa segurança, que existe uma relação próxima entre o Direito e as normativas éticas, agora, segundo a ideia de que os critérios da heteronomia e coercibilidade do Direito em nada obstam a essa relação.

2.3 - Uma Aplicação Prática do Princípio da Liberdade: O Costume

Visto tudo isto a favor de que o Direito deve o seu carácter imperativo a uma “força” que deriva dos princípios da Autonomia dos sujeitos, subsiste a seguinte questão: Como conciliarmos tal realidade se, ao mesmo tempo, é o próprio Baptista Machado que nos fala daquela impossibilidade de conciliar a maioria das normas com os subjetivos interesses de cada sujeito? Em resposta a esta objecção percebemos que também o autor nos apresenta um conjunto de argumentos contra o carácter coercitivo do Direito e contra a possibilidade de este sistema normativo poder vir a relacionar-se com a Ética. Neste sentido, afirma: *“há que ter consciência de que, entre as condições de vida da comunidade num Estado democrático, é talvez esta a mais importante: que nessa comunidade estejam vivos a moral e os bons costumes. É este sem dúvida um pressuposto do próprio Direito, mas que este por si só é incapaz de garantir. Cai a propósito recordar aquela frase da Germânia de Tácito: “e aí podiam mais os bons costumes do que noutros países as boas leis.”*⁷⁰. Constatando finalmente aquilo que acabámos de confirmar anteriormente, verificamos que, por vezes, a “Força” das leis jurídicas pode estar contida fora das próprias normas que a preveem, podendo a mesma ser encontrada através dos preceitos de normativas paralelas ao Direito instituído, tais como, o direito consuetudinário ou, até mesmo, a Moral.

⁶⁹ BRANDÃO, António José – *VIGÊNCIA E TEMPORALIDADE DO DIREITO e outros ensaios de filosofia jurídica*, vol.I, p.99

⁷⁰ MACHADO - cit. 1 , p.62

Como já constatámos a propósito da nossa referência ao Direito Natural, vemos como, mais uma vez, se conclui que o Direito, por si só, não terá a “força” suficiente para alcançar os verdadeiros argumentos da vontade dos cidadãos. No entanto, o recurso aos valores morais e às práticas consuetudinárias serão, com toda a certeza, bem aceites pelo sistema jurídico vigente, como também tivemos oportunidade de conjecturar.

Por isto, é conciliável a afirmação de que o Direito não depende da vontade individual e subjetiva de cada cidadão com a evidente possibilidade de que as normativas éticas influenciam, em muito, a realidade a disciplinar pelo Direito. Vemos agora melhor esclarecido que esse reconhecimento ético do Direito está apenas dependente de uma vontade geral. Havendo essa vontade, haverá, por princípio, esse reconhecimento.

No entanto, e retornando ao assunto do costume, constatamos como o interesse por esta temática marca presença na obra que nos tem vindo a servir de análise. O costume constitui, sem dúvida alguma, uma riquíssima fonte normativa do Direito e Baptista Machado reconhece-o como acabámos de o constatar. Como diz, o costume ocupa uma “*posição de privilégio*” em relação às restantes fontes de Direito dada a sua eficácia revogatória. Resta saber em que medida esta fonte de interpretação do Direito revela interesse para a compreensão da relação entre o Direito e a Moral. Será o que veremos de seguida.

Neste mesmo sentido, A. Braz Teixeira defende igualmente a importância do costume para a eficaz aplicação das normas. Como diz: “*No costume, o Direito apresenta-se numa dimensão acentuadamente vital e espontânea, não curando de generalizações abstractizantes, mas atento à imediata realidade e circunstância social e local, enquanto na lei se afirma já como distante racionalidade abstracta, como média generalizadora, de todo desvinculada do caso concreto.*”⁷¹

A consideração pelo instituto do costume enquadra-se na compreensão da realidade concreta e real em que o Direito se insere, o que nos leva, mais uma vez, a confirmarmos que o Direito vai buscar grande parte da sua inspiração normativa à própria realidade histórico-social. O Costume, que tantas vezes é confundido com o próprio conceito de Moral, constata-se, no entanto, de suma importância na realidade jurídica e afasta, por si só, essa rigidez normativa que o Direito apresenta através das suas características obrigatoriedade e coercibilidade. No sentido de tudo isto que se afirma, Baptista Machado declara: “*importa fazer uma primeira reserva à teoria da força normativa dos factos: seria mais correcto falar*

⁷¹TEIXEIRA - cit.3, p.158

*da força normativa das convicções de facto sentidas e vividas, pois uma conduta de facto generalizada só conduz a uma modificação normativa quando é acompanhada da convicção da correcção e validade da máxima que preside a essa conduta.”*⁷²

Do exposto se retira o fundamento para afirmar que, na teoria de J. Baptista Machado, a tal “Força” que deriva do carácter coercitivo do Direito procura, acima de tudo, refletir as vontades e convicções reconhecidas por um conjunto de indivíduos formados em sociedade, vontades e convicções essas que procuram, acima de tudo, reconhecer a liberdade e correspondente autonomia dos sujeitos. Se isto, de alguma forma, se confunde com o próprio conceito da Moral, para alguns autores, esse é um facto que devemos considerar aqui também.

É com base no presente pressuposto que toda a produção normativa jurídica encontra legitimação para a sua posterior aplicação. Por isso, se afirma também que “*o Direito no fundo não é constituído propriamente por imperativos, no sentido de comandos heterónomos editados por uma autoridade, já que o órgão legiferante não cria o Direito mas apenas o articula e concretiza*”.⁷³ O Direito está pois presente na realidade dos próprios destinatários das suas normas. Ao legislador cabe-lhe apenas reconhecer e gerir essa mesma realidade.

Assim, poderíamos perfeitamente justificar, com base nos princípios da Liberdade e da Autonomia dos indivíduos, a afirmação de que o Direito não tem legitimidade para se sobrepor à vontade dos indivíduos. E assim será porque essa mesma vontade traduzirá os valores e as convicções que os indivíduos desejam ver respeitadas através de um sistema jurídico eficaz. A prova de que as coisas se passam da presente forma verificar-se-á sempre que o Costume entre no sistema jurídico como meio de interpretação da Lei.

Se, como constatamos, este modo de conceber a realidade jurídica revela, ao mesmo tempo, todo um interesse ético e até moral, pois, faz perdurar o valor dos valores em detrimento da força normativa, isso permite-nos compreender, ainda, que as características heteronomia e coercibilidade do Direito não constituem um impedimento à possibilidade de afirmação de um sistema jurídico formado em comunhão com a Ética ou com a Moral.

⁷² MACHADO - cit. 1 , p.46

⁷³ MACHADO - cit. 1 , p.305

2.4.- Interioridade Ética vs. Exterioridade Jurídica – A Fragilidade de Um Critério

Continuemos com a análise desta relação do Direito com a Ética, agora, segundo um outro critério: O critério que visa afastar a realidade normativa jurídica da realidade normativa ética. Sob este pressuposto, afirma-se: “*a valoração ética arranca originariamente da atitude interior, só em segunda linha fazendo exigências quanto à conduta externa (pense-se na relevância ético-social do escândalo), ao passo que a valoração jurídica originária e basicamente assenta nos aspectos exteriores da conduta.*”⁷⁴ Neste sentido, o que faz determinar a conduta do agente segundo o aspeto exterior da norma jurídica diz respeito, tão-somente, à verificação da correspondência do seu ato com o cumprimento da norma.

Sobre este ponto, esclarece A. Braz Teixeira: “*a Moral, porque visa, acima de tudo, o bem de cada um, apresenta um carácter eminentemente individual, o da consciência e da intimidade do sujeito, interessando-se antes de mais pela conduta e só depois pela sua exterioridade, o Direito tem primariamente em vista o bem social ou o bem comum, pelo que é de natureza marcadamente social, atende prioritariamente à exterioridade e à coexistência e cooperação social*”⁷⁵

Questiona-se, no entanto, se este critério será suficientemente seguro para aferir, com toda a certeza, que o simples facto de se cumprir com a normativa jurídica significa somente que o fator motivador desse comportamento deriva da existência de uma norma jurídica que o preveja? Dito de outro modo, até que ponto J. Baptista Machado defenderá, através da obra agora analisada, que o respeito pelo Direito resulta, em grande medida, da presença da imposição de uma norma? Para responder a esta questão devemos relembrar as palavras do próprio Baptista Machado que nos diz que toda a conduta jurídica deve assentar numa “*valoração originária e basicamente*”, e delas concluir que para o autor deverá existir por detrás de toda a exterioridade normativa um requisito mínimo e prévio ao cumprimento da norma jurídica. A conduta jurídica não se basta com a “*prática efectiva do ato*”, necessita de algo mais consubstancial como a intenção, a vontade. Mais, aquela “*valoração jurídica originária*” partirá do sistema institucional criador da norma, o Estado, por outras palavras. Ora, como bem vimos, o Direito parte do indivíduo (perspetivado em sociedade, obviamente) e para o indivíduo, por isso, sobre ele e sobre os seus valores deverá incidir o conteúdo da norma, pelo que a mesma nunca poderá apresentar-se alheia às valorações do indivíduo.

⁷⁴MACHADO - cit. 1 , PP.60-61

⁷⁵ TEIXEIRA - cit.3, pp.169-170

De resto, afirmar que certa conduta se determina exclusivamente por fatores externos como é o exato cumprimento do estipulado na lei, equivaleria a negar tudo o que se disse até aqui a propósito do caráter axiológico do Direito. Finalmente, bastar-nos-ia lembrar que é o próprio autor que apresenta uma certa relutância quanto à possibilidade de afirmar a validade deste critério da exterioridade das condutas jurídicas. Vejamos, por isso, o que, finalmente, Baptista Machado tem a dizer sobre isto: *“Nesta ordem de ideias virá a propósito uma citação de PARSONS. Escreve este sociólogo: “Parece-me que discutir sobre se são os factores ideais ou os reais que determinam em último termo a conduta do homem é hoje tão inútil como o foi a disputa sobre se são os factores hereditários (endógenos) ou os factores do meio (exógenos) os que em último termo determinam a natureza da vida orgânica. Em ambos os casos trata-se seguramente de interdependências complexas entre factores operativos diferente mas igualmente importantes.”*”⁷⁶ Posto isto, se Baptista Machado aposta na ideia de que as condutas humanas dependem da realidade física e concreta do indivíduo em união com os valores e princípios que o orientam nas suas ações e pensamentos, compreendemos, por isso, que nem sempre o primeiro argumento, aquele que fundamenta a separação entre as realidades éticas e morais, é de fácil aplicação, dada a dificuldade da distinção entre as condicionantes externas ou internas. O termo *“inútil”* feito em recurso por J. Baptista Machado parece indicar essa impossibilidade de estabelecer a diferenciação que se pretende.

Daqui constatamos que nem sempre o desrespeito pelo Direito significa o desrespeito pelos valores que o mesmo transporta através do conteúdo das suas normas. O Direito surge, precisamente, como instituição que disciplina esses mesmos valores, no entanto, como é sabido, a punição que o sistema jurídico prevê para quem desrespeitar as suas normas não pune os violadores dos princípios que a elas estão subjacentes. Sabemos bem que apenas o desrespeito pelo conteúdo das normas é que é punido pelo sistema jurídico. Por isto, também afirma Baptista Machado que *“não é concebível um poder a decidir do fundamento da própria legitimação nem um direito positivo a decidir positivamente sobre o seu próprio fundamento de validade.”*⁷⁷.

O presente pressuposto justifica-se, ainda, porque a lei não disciplina as motivações que estão na origem da prática dos atos, à exceção de alguns casos, como seja a questão da intenção do agente, no âmbito do direito penal. Não o faz não porque não se interesse por essas intenções mas porque se torna muito difícil determinar com verdade a motivação do

⁷⁶ MACHADO - cit. 1, pp.213-214

⁷⁷ MACHADO - cit. 1, p.267

sujeito, tal como também nos lembra A. José de Brito quando afirma que “*um ato puramente interior seria um ato de que ninguém, com exceção do próprio autor, teria conhecimento, seguro e firme.*”⁷⁸

Assim, não obstante o Direito ter o propósito de se dirigir a todos, as suas projeções éticas apenas serão dirigíveis a alguns, isto é, apenas àqueles que se revejam através do conteúdo axiológico das normas. Por isso, as normas morais não constituem fundamento suficientemente válido para que o Direito se possa impor às condutas dos indivíduos, este faz uso de outros mecanismos como a coercibilidade, no entanto, e como dissemos também, esta mesma força das normas não invalida que as mesmas possam transportar todo um conteúdo ético estabelecido a par dessa mesma imposição.

Assim, não podemos afirmar, em definitivo, que determinado comportamento é realizado com base exclusivamente em condutas externas ou jurídicas porque, por vezes, a mesma norma está a ser cumprida, igualmente, com base em critérios internos ou morais.

Neste mesmo sentido, já A. José Brandão nos esclarecia que a compreensão do Direito apenas seria possível “*quando colocado na camada da realidade que lhe pertence como própria: a espiritualidade*”⁷⁹, isto porque, como melhor expunha: “*o Direito resulta, na verdade, da intervenção institucionalizadora da consciência espiritual*”. Constatamos como parece partilhar-se entre os autores esta ideia de que o Direito não é apenas um fenómeno social e independente da individualidade do sujeito. Verificamos agora que é, ainda, em nome da espiritualidade dos indivíduos que se justifica, também, a aplicação do Direito. Será definitivamente em nome de “*um sentido reevocável por cada intérprete*”,⁸⁰ como diz A. José Brandão, que o Direito tem a pretensão de se fazer legítimo.

Neste mesmo sentido, já Luís Cabral de Moncada nos afirmava que “*os fins da vontade do indivíduo são-lhe determinados, por um lado, pela sua natureza humana física e moral ou psicológica, e pela natureza da função que tem a desempenhar nas suas relações com os outros homens na sociedade, pelo outro lado.*”⁸¹.

Outros autores mais recentes, como o já aqui citado A. José de Brito, mostram-nos como o critério que se visa aplicar para separar o Direito da Moral não tem fundamento. Como diz

⁷⁸ BRITO - cit.30, p.203

⁷⁹ BRANDÃO - cit.5, p.134

⁸⁰ BRANDÃO - cit.5, p.133

⁸¹ MONCADA – cit.5, p.68

este autor: “*Pode afirmar-se, com razão, que exterior e interior são correlativos. O interior é, sempre, interior de algo que aparece, logo de uma exterioridade; a exterioridade é, sempre, o manifestar-se de uma interioridade. Por consequência, é perfeitamente inadequado separar interior e exterior como se fossem dois domínios bem distintos e autónomos por si. Apliquem-se estas considerações ao campo do cumprimento do dever-ser e, obviamente, se vê que não é possível destrinçar, como dois termos separados, o direito e a moral.*”⁸². Este autor entende, pois, não ser possível isolar a personalidade de cada indivíduo da sociedade de que o mesmo faça parte. A admitirmos que sejam partes, serão partes compostas e integrantes de um todo.

Em qualquer uma destas versões apresentadas pelos autores, mesmo para João Baptista Machado, se constata, desde logo, que o interesse do indivíduo pelo conteúdo do Direito precede a própria norma jurídica e a sua respetiva estatuição, não fazendo sentido ter, como critério único a considerar, o critério da exterioridade do Direito, muito menos, tê-lo como um critério seguro para a distinção entre as normativas jurídicas e éticas.

Síntese

Posto isto, devemos fazer aqui um ponto de conclusão relativamente aos principais aspetos que, na visão de João Baptista Machado, serviriam de interesse à complexa relação que se estabelece entre as normativas do Direito, da Ética e da Moral.

Se atentarmos ao que dissemos do critério do “*mínimo ético*” do Direito, percebemos que, apesar da designação que comumente lhe é atribuída, o Direito tem, definitivamente, todo o propósito e mais-valia em revelar-se em toda a sua plenitude ética, pelo menos, nos casos em que há lugar a essa conceção.

A constatá-lo percebemos que nem só sob o critério que mais vezes se servem todos aqueles que invocam a diferença entre o Direito e a Moral resulta o efetivo afastamento dessas realidades. Não é porque o Direito se assume teoricamente como um mecanismo de comando na sociedade, tendo o pretexto de coordenar as ações dos indivíduos, que, por isso, se lhe deva retirar o mérito de recriar, através das suas normas, as motivações porque são dispostas essas mesmas ações.

Por isso, também a Liberdade é o princípio que, na verdade, deveria justificar ou dar pertinência aos critérios classificativos do Direito. Sob o princípio da Liberdade assenta o pressuposto último da materialidade do Direito, sem o qual o Direito não subsiste. Baptista

⁸² BRITO - cit.30, p.203

Machado assume-o claramente, o mesmo se diga de Cabral de Moncada e de A. José Brandão.

Perante este cenário, não parece justificável afastar o Direito da Moral alegando que ao Direito interessa a conduta externa e à Moral, contrariamente, apenas interessam as considerações dos sujeitos. Como vimos também, o Direito goza da possibilidade de ser perspectivável sob os critérios ponderativos psicológicos e próprios da interioridade tão característicos da Moral. Nem faz muito sentido estabelecer-se a diferença entre o Direito e a Moral quando apenas essa diferença se verifica ao nível das considerações éticas ou jurídicas, sem contar com os casos, claro está, em que essa diferença não é perceptível. Vimos, recorrendo a vários autores, como se revela uma tarefa difícil, senão mesmo, impossível a de distinguir e valorar atos puramente morais. Daí apelidarmos de “fraco” o critério distintivo a que agora nos referimos. De resto, autores como António José Brandão mostram-nos a importância de considerar como único cenário viável para as reais determinações do Direito as que resultem do reconhecimento do sistema normativo jurídico como uma criação que resulta, essencialmente, das manifestações do espírito, o que é, dizemos nós nesta altura, perfeitamente identificável com as manifestações da Moral.

Assim sendo, e confirmada a interdisciplinaridade do Direito com as normativas da Ética e da Moral, não vemos resultados práticos para afirmar que na conceção de João Baptista Machado o Direito se diferencie, com substância, das realidades éticas e morais que com ele se cruzam. Posto isto, devemos partir para as considerações de outros autores a fim de verificar, afinal, se o que agora se conjectura encontra seguidores neste estudo.

Título II - *Curso de Introdução ao Estudo do Direito* de António Castanheira Neves

Debrucemo-nos agora sobre outra das obras que, tal como a anterior, procura revelar o mesmo interesse pela temática que nos serve de estudo: a temática relação entre o Direito, a Ética e a Moral. A par de João Baptista Machado, estudar esta obra de António Castanheira Neves permite-nos compreender que, mais uma vez, a questão principal que deve ser discutida quando queremos falar do carácter ético do Direito envolve o problema da determinação do seu sentido normativo. Não obstante esse facto, percebemos que Castanheira Neves parece assumir mais diretamente a relação de dependência entre o Direito e a Ética.

Assim sendo, analisando a obra *Curso de Introdução ao Estudo do Direito* percebemos que é pela forma como relaciona os valores da Justiça e da Moral à realidade do Direito que Castanheira Neves parece não querer distanciar muito os conceitos em relação. Como diz: “*seria pura e simplesmente absurdo [...] não vincular o direito a uma intenção social normativa válida e aceitar que ele se proclamasse ao serviço da injustiça, da imoralidade, do axiologicamente negativo ou arbitrário.*”⁸³.

Na mesma linha de pensamento de A. José Brandão e J. Baptista Machado, o pensador sobre que agora nos debruçamos, não só faz dos valores a condição da existência do Direito, algo que não verificámos pela análise dos dois primeiros autores referidos, como ainda a presença e a consideração desses valores se constitui uma exigência da própria sociedade. A. Castanheira Neves mostra-nos um sentido atribuído ao Direito revelador de um carácter marcadamente axiológico e caracteristicamente bem mais vincado, comparativamente ao pensamento de Cabral de Moncada, de A. José Brandão ou de J. Baptista Machado.

Outro aspeto importante que se nota nesta obra de Castanheira Neves prende-se com o carácter transpositivo do Direito. É que, a par do que vimos na leitura anterior, também agora se constata a ideia de que “*o direito vai para além de si próprio – isto é, para além das suas objectivações -, sendo sempre intencionalmente mais do que aquilo que dele positivamente se conseguiu.*”⁸⁴. Neste sentido, compreendemos que a realidade jurídica não se basta com os dados fornecidos pelo empírico, necessitando, por isso, de se desenvolver, em igual proporção, junto dos valores do espírito dos cidadãos. O Direito, afirma o autor, “*Tem a ver com o mundo espiritual do sentido, que implica o dever-ser de uma normativa axiológica.*”⁸⁵.

⁸³ NEVES, A. Castanheira - *CURSO DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO*, pp.82-83

⁸⁴ NEVES - cit.83, p.88

⁸⁵ NEVES, A. Castanheira - *Apud TEIXEIRA, António Braz - Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, p.336

Por isto mesmo, na concepção de Castanheira Neves, o Direito deverá ser perspectivado, acima de tudo, como uma “*categoria ética*”.

Mas se restam dúvidas de que A. Castanheira Neves admita uma relação de dependência entre o Direito e as normativas éticas ao ponto de considerar a Moral como um fator determinantemente influenciador dessa relação, a expressão a que recorre o autor para transcrever o seu próprio pensamento é bastante esclarecedora da sua posição. Citando Welzel, Castanheira Neves assume inteiramente uma teoria que fundamenta o sistema jurídico numa base ética. Como afirmava o jurista alemão: “*o direito, por sua própria essência, só pode ser recto, e também assim o direito positivo*”⁸⁶, ou seja, o Direito pensado só pode procurar representar o universo jurídico em toda a sua integridade e plenitude, portanto, tendo como objeto de captação dos próprios fins os valores representantes do Bem e da Justiça, valores inegavelmente comuns à realidade moral dos homens.

É assim que, mais uma vez, perspectivamos como o Direito se revela para além de um conjunto de regras e imposições a cumprir; como o seu propósito denota, acima de tudo, um verdadeiro universo de valores e de princípios, escrupulosamente elaborados em função de um objetivo comum a todos os cidadãos. A integridade do sistema jurídico corresponde, assim, à mais perfeita forma de conceber o sistema jurídico.

Posto isto, verificamos que facilmente se encontra ultrapassada a barreira da identificação das normativas ou princípios éticos ou morais através do Direito. Assim sendo, enunciar as formas de reconhecimento dessa mesma realidade constitui a tarefa mais interessante a elaborar neste momento, pelo que, o que se propõe de seguida é estudar aquelas particulares formas de reconhecimento ético do Direito que, conforme vimos no estudo anterior, nos permite obter uma melhor identificação da relação entre o Direito, a Ética e a Moral.

⁸⁶Apud NEVES, António Castanheira – *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, pp.84-85

Capítulo I - Reconhecimento Ético do Direito:

Um Direito Natural Em Comunhão

Pelo que podemos absorver da teoria de A. Castanheira Neves, confirmamos, mais uma vez, que o problema das relações a estabelecer entre o Direito e as normativas éticas deriva de um problema que se consubstancia através da validade axiológica do Direito. Neste sentido, é ainda sobre a temática do Direito Natural que o autor procura as soluções integrativas do Direito. Vejamos agora que estatuto recebe o Direito Natural no âmbito das considerações do Direito positivo.

Antes de mais, não podemos esquecer que a definição deste ordenamento está longe de se ver definitivamente conseguida já que, como podemos constatar, os autores não são unânimes quanto à forma de a conceber. Mais, a sua vigência tem conhecido, ao longo de séculos, diferentes fases. Talvez, por isso, o autor nos apresente uma fórmula combinada entre o jusnaturalismo clássico e o positivismo. Neste sentido afirma: *“Se contra o jusnaturalismo e a sua procura dos fundamentos constitutivos do direito numa manifestação ou modalidade do Ser («a natureza») [...] se compreende, irreversivelmente, que o direito compete à autonomia cultural do homem [...] também contra o positivismo jurídico se terá de negar que o direito seja tão-só o resultado normativo de uma voluntas simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência política e dos compromissos estratégico-sociais.”*⁸⁷

O que autor nos propõe, finalmente, como critério distintivo do ordenamento jurídico e, através dele, o seu mais completo conceito de Direito Natural é, antes de mais, *“um tertium genus dado numa autopressuposição axiológico-normativa fundamentante e regulativamente constitutiva”*⁸⁸. Como também nos explica, o enquadramento de um ordenamento Natural numa relação dialética entre o axiológico e o normativo justificar-se-á somente em nome desse *“ethos fundamental ou ao epistémico prático de uma certa cultura numa certa época.”*⁸⁹, ou seja, em nome dessa prática que acompanha o desenvolvimento dos povos tradutora dos valores reclamados pelos indivíduos num contexto geral.

Neste sentido, por um lado, Castanheira Neves defende um princípio normativo assente na liberdade dos indivíduos, sem o qual aquela fórmula que defende para o Direito também

⁸⁷ NEVES, A. Castanheira – *O Direito hoje e com Que Sentido?*, pp.53-54

⁸⁸ NEVES - cit.87, p.56

⁸⁹ NEVES - cit.87, pp. 54-55

não seria realizável; por outro lado, como essa liberdade deve ser devidamente estabelecida entre todos, deve a mesma ser acompanhada de um outro princípio que proteja o ordenamento jurídico da natural arbitrariedade que dela resulta, garantindo que o seu exercício não perturbe o normal funcionamento da Justiça. É neste sentido que Castanheira Neves nos apresenta o princípio da Responsabilidade.

Sem a assimilação do princípio da Responsabilidade o princípio da Liberdade não alcançará o objetivo para que é proposto, já que, uma sem a outra tende a desenvolver a relatividade dos valores e das considerações dos indivíduos, o que resulta numa total arbitrariedade das normas sociais e jurídicas, colocando-se em causa as próprias ordem e a paz sociais.

É por isto que Castanheira Neves faz associar ao princípio da Liberdade um outro princípio que promova a responsabilidade dos indivíduos, princípio esse que aqui toma proporções éticas, como, de resto, não deixa o autor de demonstrar: *“Assim como se sabe também – já o sabia claramente Tocqueville e adverte-nos de novo Hayek entre tantos outros – que a igualdade, que desse modo e como final objectivo político-social que se pretende obter, sem o correlativo da liberdade-responsabilidade nunca deixa de ter por resultado a entrega abdicante a um poder-providência de que tudo depende e que, portanto, também tudo pode – é a raiz social dos totalitários despotismos, mesmo daquele, ou sobretudo daqueles que ganham corpo nas estruturas normalizadas da sociedade civil. Num caso e noutro é o apagamento da pessoa pelo social, na redução da pessoa à sociedade.”*⁹⁰

Ainda no âmbito do problema do Direito Natural devemos considerar, ainda, um outro assunto que, apesar de não estar diretamente referenciado nesta obra de Castanheira Neves que nos serve de estudo, denota, contudo, bastante interesse para o esclarecimento do que acabámos de apresentar. Falamos, desta vez, da discussão desenvolvida em torno da dicotomia que se apresenta entre as opostas teses do “Naturalismo” e do “Contratualismo”. Dela resulta a exata compreensão dos factores que levam algumas vertentes teóricas a assumir o Direito como o produto da livre vontade dos homens e assim justificar-se toda a autonomia que é inerente ao cumprimento da ordem jurídica.

O princípio da Liberdade revela ser o princípio impulsionador do livre agir e do livre pensar, sem os quais o sistema do Direito não sobrevive. Vimo-lo na obra de Baptista Machado, acabámos de o confirmar, também, na obra de Castanheira Neves. A liberdade

⁹⁰ NEVES - cit.83, p.337

corresponde ao princípio que legitima a imposição jurídica. De resto, como diz António José de Brito a este respeito: “*Existe o dever-ser? Sem dúvida, se houver uma vontade livre a que se dirija.*”⁹¹

Posto isto, vejamos em que termos se estabelece o interesse em relacionar o princípio da Liberdade, motor de todo o sentido jurídico, com os divergentes conceitos do “Naturalismo” e do “Contratualismo”.

Através obra *Manual de Ciência Política* de Marcelo Caetano é-nos permitido colher uma pertinente explicação destes conceitos, apresentados com todo o rigor técnico exigível à sua compreensão. No entanto, atentemos, antes de tudo, ao que nos diz o autor num contexto geral do problema. Como afirma: “*A vida em sociedade é o modo natural da existência da espécie humana [e acrescenta] Os estudos de arqueologia pré-histórica e da etnologia dos povos primitivos têm mostrado que quanto menor é o domínio do homem sobre a Natureza que o rodeia (isto é, quanto mais rudimentar é a civilização) mais ele carece de estar amparado pelos seus semelhantes em grupos fortemente coesos.*”⁹² Perante estas concepções afirma que as diferenças entre os conceitos derivam do seguinte facto:

- No “Naturalismo” ou sob “*carácter natural das sociedades*”, expressão que Marcelo Caetano utiliza para definir o mesmo conceito, acontece o seguinte: O poder social que é aquele que, como diz, “*é exercido por toda a colectividade, ou apenas por algum ou alguns dos membros aos quais seja reconhecida qualidade para actuar em nome de todos*”⁹³. Este poder social é, também ele, “*uma consequência necessária da organização das sociedades primárias*”⁹⁴. Ora, por “*sociedades primárias*” devemos entender aquilo que, segundo o que nos conta Marcelo Caetano corresponde a “*formas de sociedade que nos aparecem no primeiro grau de vida social, como fruto de factores elementares de sociabilidade*”. Exemplo destas são as que se proponham, como diz, obter a “*realização em comum de um propósito definido*”⁹⁵. Por outras palavras, nesta primeira forma de organização “*a sociedade primária é a razão de ser do poder social*”⁹⁶, o que vem a significar que todas as suas formas de poder estão dependentes da vontade particular de todos os indivíduos que a compoñham, ainda que em forma de representação.

⁹¹ BRITO - cit.30, p.182

⁹² CAETANO, Marcelo - *Manual de ciência política e direito constitucional*, p.1

⁹³ CAETANO - cit. 92, p.5

⁹⁴ CAETANO - cit. 92, p.7

⁹⁵ CAETANO - cit. 92, p.6

⁹⁶ CAETANO - cit. 92, p.8

- Já no caso do “Contratualismo”, onde reina o “*carácter racional e voluntário da sociedade política*”, qualquer forma de sociedade que sob o seu pressuposto se constitua deve ser considerada como um reflexo das incapacidades decorrentes da anterior forma organizativa. Como diz Marcelo Caetano a “*necessidade de superar tantas diferenças e hostilidades levou os homens a conceber grupos mais amplos que abrangessem as sociedades primárias criando entre elas possibilidades de colaboração mediante a subordinação obrigatória a deveres comuns, o reconhecimento de direitos recíprocos e portanto o acatamento de regras gerais de conduta.*”⁹⁷

Sob esta forma de sociedade mais abrangente, e ao contrário da anterior, explica Marcelo Caetano que “*a sociedade política não existe antes do poder político. Forma-se e organiza-se essa sociedade porque é necessário que o poder político se institua como único meio eficaz de definição do Direito Comum essencial à convivência pacífica: o poder político é a razão de ser da sociedade política*”.⁹⁸ Desta vez, o que se conclui é que “*A formação da sociedade política, porém, embora de índole racional e voluntária não implica necessariamente a ideia de acordo das vontades de todos os seus membros*”. No entanto, e como também manifesta Marcelo Caetano, o princípio a respeitar nesta segunda forma de organização sociopolítica tem-se mostrado favorável aos interesses dos indivíduos, ainda que sob uma forma geral. Neste sentido, afirma: “*Os Estados existentes nos nossos dias foram, na sua grande maioria, constituídos por verdadeiros fundadores actuando como instrumentos de aspirações colectivas.*”⁹⁹

Deve acrescentar-se, também, que o “Naturalismo”, como acabámos de o conhecer, é um conceito que já Aristóteles defendia, como nos conta, agora, Diogo Freitas do Amaral em *História das Ideias Políticas*. Neste sentido, explica-nos o autor que Aristóteles defendia a ideia de que “*o homem é, naturalmente, um animal político*”.¹⁰⁰ É, no entanto, Freitas do Amaral que nos permite compreender que deste conceito partem todas as considerações que permitem formar a realidade de um ordenamento natural. Como diz: “*Está aqui, neste reconhecimento da tendência natural do homem para a vida em sociedade, a base de todas as doutrinas sobre a origem natural do Estado e do poder, que contrastam com as teorias da*

⁹⁷ CAETANO - cit. 92, pp.6-7

⁹⁸ CAETANO - cit. 92, p.8

⁹⁹ CAETANO - cit. 92, p.8

¹⁰⁰ Apud AMARAL, Diogo Freitas do- *História das Ideias Políticas*, p.113

*origem contratual da sociedade política. Aristóteles não é, sob esse aspecto, um contratualista: é um naturalista.”*¹⁰¹

Contrariamente, e no que às teorias contratualistas diz respeito, são figuras como Thomas Hobbes que nos vêm mostrar, muito mais tardiamente, em pleno período da era moderna, que a sociedade e o seu sistema organizacional contratual devem ser pensados em contraste com o modelo naturalista proposto. Como refere Freitas do Amaral *“HOBBS não duvida um só instante do que aconteceria se os homens vivessem em “estado de natureza”. Viveriam, como diria Hobbes, em permanente “estado de guerra”, em permanente estado natural de egoísmo para com os seus semelhantes. Daí que as soluções de governo que se apresentem a estes homens impliquem, necessariamente, a submissão das vontades particulares a uma vontade única que pode ou não ser coincidente com a vontade geral. Em comunhão com esta ideia, Diogo Freitas do Amaral esclarece que Hobbes apenas admitiria o seguinte cenário sócio-político: “A única maneira de erigir um tal Poder comum (...) é os homens conferirem todo o seu poder e força a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir todas as vontades, pela maioria das vozes, a uma só vontade [...] e que assim cada um submeta a sua vontade á vontade dele (soberano) e os seus juízos, ao juízo dele”*.¹⁰²

Neste seguimento, comenta ainda Freitas do Amaral que a proposta contratualista de Hobbes pode não ser perspectivável em completa oposição à teoria naturalista de Aristóteles. Como diz: *“HOBBS fez a análise certa, mas tirou as conclusões erradas. [...] ela não nega por completo a doutrina aristotélica da sociabilidade natural do Homem”*, e apesar não podermos considerar que Hobbes possa ter vindo a defender uma perspectiva naturalista, *“HOBBS não pretende tanto”* como diz o autor, não obstante isso mesmo, o que aqui acabámos de referir leva-nos a considerar a indispensabilidade de fundar um sistema jurídico normativo no próprio Direito Natural. Com diz Freitas do Amaral: *“Será que o “estado de natureza” sempre precedeu historicamente o “estado de sociedade” [...] Por nós, se considerarmos o “estado de natureza” na sua modalidade mais branda (anarquia benigna) e não na mais extrema (guerra de todos contra todos) inclinamo-nos a pensar que há sempre, ante de cada Constituição – um momento de “estado de natureza”, em que todos se sentem livres de seguir este ou aquele caminho [...] Se estas opções existem, e são feitas voluntariamente em certos momentos, então é porque no momento anterior os homens têm a*

¹⁰¹ AMARAL, Diogo Freitas do - *História das Ideias Políticas*, p.114

¹⁰² Apud AMARAL, Diogo Freitas do - *História das ideias políticas*, pp.374-375

plena liberdade de as fazer ou não [...] Se o Estado tem por fonte um “contrato social”, e se este só pode celebrar-se em “estado de natureza” então o primeiro “estado de sociedade” foi necessariamente precedido de um “estado de natureza” [...]”.¹⁰³

Perante a abordagem destas duas posições favoráveis à ideia de que a mais correta forma de sistema normativo social não assenta, pelo menos, nos piores cenários de um contratualismo exacerbado, eventualmente defendido, ainda, com base nas definições que Hobbes e os seus seguidores nos deixaram, e tendo em conta as definições que nos apresenta António Castanheira Neves acerca da relação de interdependência normativa positiva e natural, só nos resta concluir o seguinte: Se tivermos em consideração tudo o que acabámos de ver para os conceitos de naturalismo e contratualismo sociais, e se não podemos ignorar que para este autor o Direito não pode constituir-se como *“mera expressão da contingência política e dos compromissos estratégico-sociais”* como já confirmámos, então temos que considerar que também para este autor, tal como para Freitas do Amaral *“Em todos os momentos, só o consenso social de um povo permite criar, modificar ou extinguir uma entidade política”*¹⁰⁴.

De resto, este assunto que remete para as relações entre o indivíduo e a sociedade conhece uma forte presença na obra que nos apresenta António Castanheira Neves, pelo que, outros tratamentos faremos ainda a seu respeito. Por agora, resta-nos concluir que é precisamente porque existe essa relação que torna inseparáveis o indivíduo e a sociedade que faz com que, na obra do autor, possamos perspetivar um Direito positivo estabelecido em comunhão com o Direito Natural já que este pode ser concebido com o original fundador da liberdade jurídica. Por outro lado, vimos que aquele *“poder social”* de que nos dá conta Marcelo Caetano, afinal, deve ser reconhecido a todos os indivíduos. Com isto, se afirma, igualmente, a teoria naturalista que acabámos de formular.

Posto isto, só nos resta conciliar todas estas considerações com o que formulámos a respeito do pensamento de Castanheira Neves e concluir, mais uma vez, que a liberdade que o Direito Natural protege e proclama traduz para Castanheira Neves a ideia de que as normas estabelecidas social e juridicamente são criadas em nome da soberana vontade do povo. Discutir paralelamente à tese de Castanheira Neves a diferença que se estabelece entre os conceitos de “Naturalismo” e “Contratualismo” permitiu-nos compreender isso mesmo. Posto isto, vejamos outras formas de manifestação desta relação.

¹⁰³ AMARAL - cit. 101, pp. 393-396

¹⁰⁴ AMARAL - cit. 101, p.396

Capítulo II - Critério de Distinção:

A Obrigatoriedade Moral do Direito

O melhor indicador da aceitação do autor Castanheira Neves de que existe uma realidade normativa jurídica estabelecida em comunhão com as realidades éticas ou morais é-nos dado pela característica da obrigatoriedade moral do Direito. Esta constituiu-se uma das mais evidentes formas de constatar como, mais uma vez, as características do próprio Direito nos indicam a sua proximidade com aquelas normativas.

Primeiramente, vemos como a própria característica da obrigatoriedade do Direito não é exceção à regra que pareça orientar os verdadeiros fundamentos do Direito para o campo das valorizações éticas. E se, por um lado, Castanheira Neves afirma que a ausência da obrigatoriedade das normas do Direito corresponderia, como diz, a um “*non sens normativo*”, através da qual toda a segurança jurídica se colocaria em causa, por outro lado, é em nome daquela relação de dependência do Direito com as normativas da Ética, bem como, com os preceitos da Moral, que faz com que essa obrigatoriedade jurídica adquira sentido.

Talvez, por isso, tantas vezes se justifica que a obrigatoriedade do Direito tome a designação de “obrigatoriedade moral”, como também nos explica Castanheira Neves: “*E a obrigatoriedade, como categoria ética que é, (...) não tem sentido sem um fundamento axiológico, sem uma validade normativa em sentido próprio – posto que é insusceptível de [explicar-se] ao nível dos factos de qualquer natureza que seja e remete necessariamente ao transpositivo fundamentante, enquanto põe justamente um problema de validade*”.¹⁰⁵

No entanto, a melhor forma de compreender porque motivos a obrigatoriedade do Direito possui fundamento ético passa pela análise e estudo da relação que o Direito estabelece com a estrutura da sociedade. Vejamos então como se processa a relação.

Muitas vezes se argumenta que, no seio das sociedades, dada a própria complexidade desta última, não nos é possível falar, com grande generalidade de causa, nas questões da Ética ou da Moral. No entanto, autores como António Castanheira Neves mostram-nos como a sociedade contribui para a valorização dos aspetos da individualidade dos sujeitos, respeitando o indivíduo nas problemáticas mais peculiares da sua personalidade.

Aliás, também esta fundamentação de que o Direito tem por base a conciliação do indivíduo e da sociedade não é nova entre nós, já a vimos iniciada a propósito do estudo de A.

¹⁰⁵ NEVES - cit.83, pp.85-86

José Brandão, quando tratámos do problema da exterioridade do Direito e das vantagens desta se perspectivar em profunda simbiose com o que diz respeito aos aspectos internos da conduta dos indivíduos.

No entanto, esta ideia encontra, igualmente, voz na doutrina idealista alemã. Exemplo dela são as teorias de Fichte às quais recorre A. Castanheira Neves para evidenciar a importância de reconhecer, através do Direito, a individualidade da pessoa humana, como nos esclarece, a este propósito, José Lamego *“Fichte procede à «dedução» do conceito de Direito a partir das estruturas originárias da subjectividade, como indagação sobre as condições de possibilidade de uma comunidade de seres livres como tais, colocando no centro do seu sistema filosófico o problema do Direito: o conceito de Direito é o conceito da relação necessária que existe entre seres livres, como relação de “reconhecimento” (Anerkennung) intersubjectivo.”*¹⁰⁶

Tomando como ponto de partida os anteriores pressupostos, vejamos o comentário que Castanheira Neves nos deixa a este propósito que é, na sua opinião, revelador da verdadeira estrutura da sociedade. Diz-nos o mesmo: *“A interacção, como estrutura elementar do social [...] já nos permitiu compreender que a vida humana “em sociedade”, se não é constituída pela mera soma fortuita ou mero encontro de indivíduos ou sequer por grupos de indivíduos que permaneçam entre si essencialmente como tais – [...] não menos se vê negada pela perfeita homogeneidade colectiva que se traduza numa totalitária assimilação dos indivíduos pelo todo do grupo ou sem que lhes corresponda uma específica autonomia, condição esta, desde logo, de os indivíduos se afirmarem como membros da colectividade, socii, e não apenas como objectos dela.”*¹⁰⁷. Pelo exposto, compreendemos que o homem, em sociedade, resulta de uma composição proporcionada pelo que a sua integral e unitária individualidade lhe permite perspectivar e conceber e pela identificação que assimila e o faz sentir-se parte de uma organização formada por interesses que lhe são comuns.

Por isso, não obstante logremos atingir objetivos coletivos em sociedade, tal não significa que esses objetivos se apresentem distantes dos cidadãos. Deve dizer-se que essa particular e individual forma de encarmos o sujeito deve estar subjacente aos interesses das sociedades. Facto que não nos permite ignorar que os objetivos alcançados em sociedade devam beneficiar, igualmente, os interesses de cada cidadão que a compõe. O individual faz parte do coletivo e vice-versa. A concluir isto mesmo, já afirmava Castanheira Neves *“só*

¹⁰⁶ LAMEGO, José - *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*, p.38

¹⁰⁷ NEVES - cit.83, pp.104-105

*parte de nós mesmos participa do compromisso social: apenas o nosso “eu social”, definido pelo conjunto dos papéis que desempenhamos. Mas para além deste persiste o núcleo pessoal da nossa individualidade, o nosso “eu pessoal” funcionalmente irreduzível [...] Sendo certo que nós somos (cada um de nós é) a unidade concretamente vivida destes dois “eus”, que só a abstracção distingue.”*¹⁰⁸

Ainda sob esta influência da doutrina alemã, a teoria de Castanheira Neves demonstra a existência de um certo parentesco com o pensamento de Schelling. Fazendo novamente recurso às explicações de José Lamego, compreendemos o legado deixado a Castanheira Neves pelo que seguidamente se afirma: *“o Schelling tardio aponta como fundamento do Direito a ideia de unidade moral da espécie humana, dando assim, expressão ao ideal político romântico de uma síntese entre indivíduo e comunidade”*¹⁰⁹. A presença ética no Direito é, de facto, perfeitamente assumida em Schelling e, por intermédio deste, na obra que nos apresenta Castanheira Neves. Aliás, talvez seja com esta versão ética que agora concebemos em Schelling que Castanheira Neves mais se identifique, pois, como afirma: *“Cremos não errar, pois todo o nosso horizonte humano e cultural o confirma, cremos mesmo que é uma simples evidência [...] se afirmarmos que no vértice da actual compreensão autêntica da existência humana deparamos com a pessoa [...]”*¹¹⁰

Se desviarmos a nossa atenção desta obra que nos serve de referência e nos voltarmos para outros autores, compreendemos que esta questão que envolve o valor e a representação da Pessoa pode evidenciar a ligação do Direito à Moral desde que, para isso, possamos conceber a realidade jurídica tal como, por exemplo, A. José de Brito a concebe. Vendo o Direito como uma organização plena e una que subsiste em permanente interdependência. A. José de Brito, apesar de admitir a união entre o Direito e a Moral, defende que o Direito nada poderá dever à individualidade de cada sujeito. Como afirma: *“Antes de mais nada, parece assaz estranho que a realização de um dever-ser, assente na vontade universal, possa cingir-se à subjectividade de cada um [...] A realização do dever-ser, que torne efectiva a vontade universal, só tem lugar, precisamente, quando cada subjectividade, ou vontade particular, sai de si para se fundir com as outras subjectividades numa unidade orgânica [e conclui] Quer dizer que esta ideia da moral, reduzida à esfera do sujeito singular, é tudo quanto há de mais*

¹⁰⁸NEVES - cit.83, p.116

¹⁰⁹LAMEGO - cit.106 p.38

¹¹⁰NEVES - cit.87, pp.68-69

imoral, dentro da concepção de Valor que formulamos.”¹¹¹. De facto, a união do Direito à Moral apenas pode ser concebida porque inerente a essa união se encontram os princípios universais que une todos os homens entre si. Curiosamente, estes princípios universais condensam-se todos no conceito de Valor, considerado pelo autor como o conceito mais forte de toda a realidade jurídica. O “*Insuperável*” é razão de ser de toda a realidade normativa jurídica e, também por isso, é ele o motivo que gera toda a eticidade jurídica.

De resto, tal com A. Castanheira Neves, a unidade ética dos sujeitos do Direito é bem visível na perspectiva de A. José de Brito. Neste sentido, afirma: “*Podem replicar-nos que o homem só em parte é todo e só em parte é parte [...] É indiscutível que é lícito abstrair algo da unidade a que pertence, mas não considerar a própria unidade como o que se abstrai dela [...] Encarar o homem como pessoa ou como indivíduo, não é encarar o homem como homem. Encará-lo, no que respeita a uma perspectiva já não é encará-lo como homem.*”¹¹².

Parece afastar-se agora a teoria de que o sujeito do Direito tenha a capacidade de excluir uma parte de si ou da sua personalidade quando se encontre no exercício das suas funções de cidadão, o que significa que também essa vertente de cidadão, afinal, é parte componente da própria personalidade dos sujeitos.

Por seu lado, A. Castanheira Neves defende que a sociedade tem um papel determinante na identificação dos valores do Direito, sendo ela que permite a correta execução do sentido do Direito: “*A sociedade não é só uma “estrutura” no sentido que vimos, é também um “sistema de valores” comunitário (por isso já em ARISTÓTELES a vemos entendida como um “organismo moral”), um conjunto de crenças, valores e intenções comuns.*”¹¹³.

Outro aspeto a considerar no seio de tudo isto que se afirma resulta da ideia de que a função ordenadora da norma jurídica acaba por ser mais facilmente conquistada quando se dá o reconhecimento jurídico dos valores sociais, isto porque, havendo uma identificação das normas criadas com os interesses revelados dos indivíduos, as tão valorizadas paz e organização social dão-se quase de forma espontânea.

Assim, os valores do Direito acabam por constituir-se para A. Castanheira Neves num “*factor de coesão do todo social*”. Por isso, também conclui o autor que o Direito deve perspectivar-se em diálogo com a Ética e, neste sentido, afirma: “*E não é isto tudo, em último termo, expressão de alternativa final que marca o nosso tempo, acabamento do homem moderno: a alternativa entre a satisfação e a segurança [...], por um lado, e a dignidade e a*

¹¹¹BRITO - cit.30, pp.214-215

¹¹²BRITO - cit.30, p.141

¹¹³NEVES - cit.83, p.117

*responsabilidade (pelo infuncional reconhecimento a cada homem da sua qualidade de sujeito ético, e a designar, como sabemos, a autonomia de sujeitos de direitos, de deveres e de responsabilidades) por outro lado?”*¹¹⁴

Do mesmo modo, A. José de Brito afirma que os interesses comuns aos sujeitos de uma determinada sociedade descendem ou traduzem os valores por todos os indivíduos partilhados: *“O Valor é vontade unificadora, vontade universal. Ora a vontade universal é a vontade que é formada pela elevação das vontades particulares ao universal.”*¹¹⁵. Também, por isso, as *“vontades particulares”* não tem interesse em reclamar todas os mesmos valores mas apenas aqueles que elenquem a *“vontade universal”*. E é precisamente porque esta universal vontade pode suportar todo o conteúdo daquelas particulares vontades que podemos afirmar, com o autor, que toda a vontade universal suporta a vontade particular e não o seu contrário. *“A vontade universal o que é, autenticamente, é o vínculo unitário que penetra as várias vontades particulares, fazendo que estas se situem na unidade suprema.”*¹¹⁶

Visto deste modo, a *“vontade universal”* conterà a representação das vontades particulares elevadas à categoria de valor, ou, segundo o presente modo de conceber, à categoria de vontade geral. *“A vontade universal é, assim, a vontade particular ultrapassada na sua particularidade, mas não aniquilada, é uma vontade que é a unidade (não uma unidade) das vontades particulares.”*¹¹⁷ Resumindo, o *“Valor”* ou a *“vontade universal”* existe onde existir a unidade das particulares vontades, onde existir o reconhecimento de algo que é comum a todas.

Neste mesmo sentido, A. Castanheira Neves defende que deveria existir uma imprescindível dependência mútua entre o homem e a sociedade. Como afirma: *“se o «eu pessoal» depara no seu horizonte dialéctico de realização com um “eu social” ou comunitário, sem que um ao outro se reduzam, também à comunidade, que imediatamente se afirma neste segundo «eu», não lhe será lícito recusar-se à mediação para o cumprimento daquele primeiro, na sua concreta personalização: que o mesmo será considerar como dever para a comunidade o reconhecer ela a cada pessoa a possibilidade – que assim será verdadeiramente direito – da sua pessoal participação e realização.”*¹¹⁸

Por último, restar-nos-ia dizer que os motivos que condicionam as vontades particulares à categoria de vontades gerais ou universais se devem, afinal, e como nos mostra António José

¹¹⁴ NEVES - cit.83, p.336

¹¹⁵ BRITO – cit.30, p. 127

¹¹⁶ BRITO – cit.30, p.132

¹¹⁷ BRITO – cit.30, p.133

¹¹⁸ NEVES – cit.87, pp.69-70

de Brito, ao simples reconhecimento desses indivíduos da existência de valores que lhes são comuns e que as comunidades querem ver salvaguardados. Traduz-se, pois, numa imposição natural esse reconhecimento de que certas vontades devem elencar e traduzir a “*vontade universal*”, a vontade de todos. Como diz o autor: “*À primeira vista, parece não haver dúvida que o Valor é dever-ser. O que vale exige reconhecimento, logo, as vontades devem tomar uma atitude certa e determinada – a de reconhecimento, precisamente, perante o que é Valor. Nessa altura, o Valor é algo que deve ser.*”¹¹⁹.

E apesar deste reconhecimento se traduzir numa imposição, porque é uma obrigação voluntária, é, também ela, uma obrigatoriedade moral porque é tradutora de valores com os quais os indivíduos se identificam. “*A vontade universal é unidade de vontades particulares, mas unidade de vontades particulares unificadas para as quais é ela um dever-ser.*”¹²⁰

Um pouco mais afastado das teorias dos autores anteriores, mas assumindo ainda totalmente uma relação de forte dependência entre a individualidade do sujeito e os interesses da coletividade, encontramos António José Brandão. No entanto, e ao contrário do que vimos com A. José de Brito, na opinião daquele primeiro autor, os interesses individuais e os interesses coletivos não devem ser confundíveis ou identificáveis, não obstante a ligação que entre ambos se estabelece impreterivelmente. Isto porque, a forma como ambos os conceitos se estabelecem no processo da evolução histórica dos indivíduos e das comunidades é reveladora de uma relação de mútua dependência, cujo fator de união é, na opinião deste último, a consciência humana. Neste sentido. Afirma: “*Se aquilo que separa os homens entre si, - o espírito no seu modo de ser pessoal, - e aquilo que os une para além da diversidade, - o modo de ser trans-pessoal do espírito, - se encontram coordenados na mesma sede e bilateralmente vinculados: a consciência humana, - então há que afirmar a indissociável articulação de ambos.*”¹²¹. A consciência humana é assim o elo de ligação que nos permite afirmar a relação entre os interesses individuais e os interesses coletivos.

Paralelamente a isto, Brandão mostra-nos as vantagens de uma união entre o que de mais pessoal pode existir para cada indivíduo e o que de mais comum pode o mesmo encontrar em todos os seus semelhantes. Desta relação, diz-nos, resulta, sobretudo, o aperfeiçoamento da humanidade. “*Assim como o espírito de cada homem apenas se desenvolve enquanto procura*

¹¹⁹ BRITO - cit.30, p.163

¹²⁰ BRITO - cit.30, p.167

¹²¹ BRANDÃO - cit.5, p.139

*inserir-se no espírito da sua comunidade, também a aquisição de valores pessoais, tanto éticos como vitais, depende da participação de cada um nos valores comuns.”*¹²².

Não obstante tudo isto, ainda se considera que é da própria existência singular de cada indivíduo que resulta a completa e correta composição da sociedade, esta feita não só dessa mesma diversidade que distingue os indivíduos entre si, mas também, do que mais comum existe entre todos. Como afirma ainda A. José Brandão: *“Sem aquilo que faz do homem uma pessoa, - consciência espiritual e subjectividade, com todos os actos respectivos, - a comunidade não existiria [...] Entre ambos, há, portanto, autonomia na mútua dependência.”*¹²³

De resto, é este autor que também nos permite compreender a ideia de que deve haver, não obstante toda a “autonomia” que das particularidades próprias, uma interligação, uma “dependência mútua”, como o autor lhe chama, entre a realidade do espírito e a realidade social. Não são a mesma coisa, mas influenciam-se uma à outra, por isso, explica: *“a vida em sociedade, em vez de se esgotar em contactos entre homens conviventes, toma ainda a forma superior de uma interligação espiritual. Foi isto o que, por certo particular aspecto – o teórico – Sócrates ainda descobriu quando verificou que os homens não só viviam no mesmo mundo, mas também chegavam ao conhecimento do mundo em que viviam graças aos mesmos conceitos.”*¹²⁴

Em conclusão, diríamos, como o autor, que a sociedade existe, nomeadamente, para a realização do indivíduo, e este é condição da existência daquela porque a sociedade nada mais é do que um organismo criado para reconhecer e disciplinar a natural, e não imposta, igualdade entre homens.

Dando por terminada esta abordagem, e muito embora tenhamos falado de vários assuntos para revelar como se processa, afinal, a característica da obrigatoriedade do Direito, tal serviu-nos para confirmar como essa possibilidade está, em tudo, dependente dos preceitos éticos que subjazem às normas do Direito.

A dificuldade em compreender essa mesma característica à luz da conjuntura atual das sociedades modernas é justificável, talvez, porque os limites da nossa “*pólis*” não são mais os correspondentes aos da tradicionalmente designada “*cidade-estado*”. Talvez por isso, os

¹²² BRANDÃO - cit.5, p p.141

¹²³ BRANDÃO - cit.5, pp-139-140

¹²⁴ BRANDÃO, António José – *Vigência e Temporalidade do Direito*. Apud TEIXEIRA, António Braz – *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, p.171

particulares interesses dos indivíduos correspondam a valores que, em muitos casos, se apresentam em contradição com os interesses de todos, quando não os desconheçam por completo. Esta é uma realidade cada vez mais comum potenciada pelo multiculturalismo crescente verificável no seio das atuais sociedades, facto que impossibilita, em muito, a identificação e a consequente união das vontades particulares elevadas à categoria de “*vontade universal*”, recorrendo aqui à teoria que nos apresenta A. José de Brito.

Talvez por isso os sistemas sociais e jurídicos se encontrem tão desligados da chamada “*Justiça universal*”, e por isso se encontrem mais centrados, como estão, nas particulares questões do seu dia-a-dia, da sua “*Justiça particular*”.

No entanto, o que une os indivíduos supera o que os separa, como teremos oportunidade de verificar, ainda, sob a perspetiva de outros autores. Por agora, fica a nota de que o mais evidente critério de distinção a apontar pelo autor à relação que entre o Direito e as normativas éticas se estabelece, - a obrigatoriedade jurídica - afinal, acaba por revelar a dependência que todo o sistema jurídico não consegue aniquilar e que exige, como vimos, que os interesses dos cidadãos se encontrem representados em comunhão com os interesses de cada Homem. Vimos, também neste sentido, como a sociedade é o maior indicador positivo desta realidade. A presente obrigatoriedade jurídica pode agora ser também apelidada de “*obrigatoriedade moral*”.

Capítulo III - Novo Reconhecimento Ético do Direito:

Os Princípios da Liberdade e da Justiça

Decidimos remeter para último lugar das nossas considerações o tratamento da Justiça, pois o contexto que dele fazemos pretensão de abordar está intimamente relacionado com problema das relações entre o indivíduo e a Sociedade, acabado agora de tratar. Este é, pois, o momento próprio para abordar este tema de tamanha importância para A. Castanheira Neves.

Falámos anteriormente da diferença que se estabelece entre a Justiça universal e a Justiça particular no contexto da compreensão da influência ética que o Direito recebe das normativas da Moral. Voltando à obra de Castanheira Neves, constatamos que este autor considera a presença de dois tipos de sociedades, as quais, de resto, parecem fornecer-nos o fundamento último para podermos afirmar que, apesar da evidente indiferença de alguns indivíduos pelas questões sociais, ou o seu contrário que também acontece, resiste ainda a

ideia de que, sem o sujeito pensado nos seus aspetos qualitativos, as sociedades não sobrevivem. Exploremos então melhor este conceito novo que agora abordamos na obra de Castanheira Neves.

Como dissemos, o autor acredita existirem dois tipos de sociedades: A primeira correspondente a um tipo de sociedade que se traduz num “*ideal de uma sociedade sem disfunções, sem desacordos nem conflitos*” e que tem como finalidade última atingir o Bem comum, sabendo que o Bem comum, como o autor o representa, traduz a efetiva representação dos valores sociais através das normas criadas e assentes no seio da comunidade jurídica. Quanto ao segundo tipo de sociedade, este corresponde ao inverso desta forma ideal de conceber a realidade social e é fruto das constantes mudanças do pensamento da humanidade, deriva do dinamismo histórico e das transformações sociais que ocorrem ininterruptamente. Talvez este segundo tipo de sociedades represente ou vá de encontro àquilo que dissemos há pouco a propósito dos efeitos do multiculturalismo, cenário onde poderíamos enquadrar um certo distanciamento a verificar entre o indivíduo e a sociedade.

Não obstante esta diferença, Castanheira Neves acredita que a verdadeira sociedade é aquela que permite a fusão destas duas facetas que vimos. Por isso, afirma: “*as sociedades reais o que efectivamente são, é o que podemos dizer, forçando talvez um pouco o paradoxo, “integrações desintegradas” e “desintegrações integrada”, logo, “os dois modelos são complementares”*”.¹²⁵

Contudo, o que nos interessa conceber aqui deriva do facto de compreendermos que este conflito gerado na segunda forma de sociedade traz, ainda, “*a afirmação da autonomia criadora e da liberdade [...] condição mesmo da própria justiça*.”¹²⁶ Por aqui compreendemos que, afinal, e segundo o que nos apresenta A. Castanheira Neves, aquela diversidade cultural que alegamos ser contrária à “*vontade universal*” afinal, afirma-se ser ela um fator criador dessa “*liberdade*”.

Como compreendemos do pensamento e obra que nos apresenta Castanheira Neves, não se verifica que ocorra esse afastamento entre a “*vontade particular*” e a “*vontade universal*”, para retornar aqui às expressões de A. José de Brito, porque, afinal, renasce sempre a força dos princípios da Autonomia e da Liberdade, que vimos constituir a própria afirmação de uma “*vontade universal*”, e dos valores a ela adjacentes. São os próprios indivíduos que reclamam,

¹²⁵ NEVES - cit.83, p.127

¹²⁶ NEVES - cit.83, p. 130

em ordem à preservação da própria natureza humana e cultural, a manutenção dos princípios da Autonomia e da Liberdade, no seio das relações sociais.

Como afirma Castanheira Neves em relação à união entre a vontade universal e a vontade particular: *“a unidade constituída pela totalização dialéctica destes dois momentos leva no seu conteúdo uma reciprocidade intencional entre um proprium e um commune, [...] que MAX MÜLLER nos diz ser o sentido verdadeiramente ontológico da pax (bona compositio voluntatum), o próprio sentido integrante bonum commune. Afirmaríamos o mesmo se a designássemos por Justiça [...].”*¹²⁷

Afastada agora a ideia de que a multiplicidade de vontades venha a contribuir para o aniquilamento da unidade dos valores dos indivíduos, encontra-se aberto o caminho para a defesa de um sistema social de valores ou de “Valor”, como prefere A. José de Brito que se lhe chame.

Ora é precisamente sob este pressuposto que nos é possível compreender a realidade da Justiça e de como ela toma proporções através da questão social. Como afirma Castanheira Neves: O Direito constitui-se neste cenário de integração das duas formas da sociedade como uma espécie de *“critério de justo reconhecimento e de justa resolução de conflitos”*¹²⁸. Compreendemos agora como a diversidade valorativa reclama, também ela, a presença da Justiça, obrigando-a a atuar. *“Agora o direito é chamado a uma directa, autónoma e imprescindível criação de justiça, muito para além de uma mera função de “controle social”.*”¹²⁹. É, pois, em plena comunhão com o princípio da Liberdade que a Justiça se estabelece e se afirma uma categoria ética do Direito.

Resume-se aqui a ideia de que os princípios de Igualdade, Liberdade e Responsabilidade acabam por constituir os fundamentos para a não exclusão de um sistema social e jurídico estabelecido em comunhão com os sistemas ético ou moral vigentes.

É precisamente pela manutenção dos princípios em questão que constamos a mais do que evidente influência das normativas éticas e morais sobre o Direito, pois, não obstante todas as mudanças ideológicas que se verifiquem durante o desenvolvimento das sociedades, se se mantiver o espírito da liberdade e da responsabilização entre os homens, os seus ideais e valores conseguirão encontrar, sempre, uma projecção através do sistema social e jurídico.

De resto, a *“condição ética”* elenca, como diz Castanheira Neves, uma das três condições constitutivas do Direito. As duas restantes são a *“condição mundano-social”*, que

¹²⁷ NEVES - cit.87, p.70

¹²⁸ NEVES - cit.83, p. 130

¹²⁹ NEVES - cit.83, pp.130-131

identifica o Direito no âmbito da partilha das relações sociais e a “*condição mundano-existencial*” que identifica, no seio dessa partilha, a dialética entre a personalidade e a comunidade. No entanto, e apesar da presente disposição das coisas, o Direito exercerá sempre a função de preservar aquela “*dignidade do sujeito ético*” que se reclama. E assim se realiza a terceira dimensão do Direito. Também por isto, defende Castanheira Neves o seguinte: “*se a pessoa não for recusada, se o seu rosto não for substituído por um qualquer «papel» nem a sua axiologia por uma qualquer estratégia, reconheçamos então as inferências capitais. E podem elas enunciar-se em síntese [...] mediante o princípio de HEGEL [...] «o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas». Nestes termos, cremos poder compreender-se hoje a afirmação da autonomia do direito e do mesmo passo se reconheceria que ela é um absoluto indispensável [...]*.”¹³⁰

Esta terceira “*condição ética*” apela para tudo o que acabámos de formular em torno das considerações de Castanheira Neves, e aqui está presente a verdadeira essência da formalização teórica da validade axiológica do Direito que o autor defende.

Por isso, só quando está presente e se respeita esta dimensão ética do Direito é que qualquer sujeito destinatário das normativas jurídicas será, como diz, “*simultaneamente, titular de direitos [...] e de obrigações [...], em todos os níveis, segundo todos os princípios e em todas as modalidades estruturais que normativamente se têm objectivado a constituírem o direito (o direito como específica realidade objetivo-cultural)*.”¹³¹.

De resto, está presente aqui a mais evidente forma de manifestação do princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, princípio esse que nenhum sistema jurídico deverá abster-se de perseguir.

Finalmente, se quiséssemos traduzir com mais justiça tudo isto que acabámos de afirmar em respeito do pensamento de A. Castanheira Neves e da grande possibilidade de este definir um sistema jurídico criado em constante procura do seu fundamento ético, diríamos, como Paulo Ferreira da Cunha, que: “*Castanheira Neves revela-nos o que deveria ser uma evidência, mas de modo nenhum o é: é que o Direito é apenas uma das possíveis alternativas de convivência humana (e nem toda, nem em todas as dimensões, obviamente), frente a outras possíveis. Outras alternativas que aí estão, e que, em grande medida, já substituem o*

¹³⁰ NEVES - cit.87, p.73

¹³¹ NEVES - cit.87, p.72

Direito. O Direito é não só uma das alternativas para a ordem e a normatividade, mas é mais: é a própria alternativa humana.”¹³².

De facto, a obra de A. Castanheira Neves denota uma considerável preocupação por esses “*grandes princípios e valores*” que nada mais representam do que uma preocupação pelos princípios éticos que sustentam o respeito pela dignidade humana. É, pois, função do Direito representá-los.

Relativamente às “*alternativas de convivência humana*” a que se refere o supra citado autor, de facto, elas são concebíveis para sustentar, na conceção de Castanheira Neves, uma realidade sociocultural assente numa estrutura paralela e diferente do Direito. No entanto, e como também nota, parece que só o Direito garante o perfeito respeito pela dignidade ética, que é pressuposto e condição humana, já que nem todos os sistemas socioculturais têm a pretensão de o fazer.

Por isso é que, na conceção de Castanheiras Neves, todas essas “*alternativas*” realidades que não perfilhem aquela terceira dimensão – a dimensão ética – e que, como diz, “*prefiram ou uma «ordem de finalidade» ou uma «ordem de possibilidade» a uma «ordem de validade»*”¹³³, não serão verdadeiramente condizentes ou pactuantes com a realidade do Direito, daí ser a própria realidade do Direito a única que verdadeira corresponde à “*alternativa humana*”.

Síntese

Do que tivemos oportunidade de constatar na análise da obra em epígrafe e dando por terminado o estudo das considerações que António Castanheira Neves nos deixa relativamente à temática das relações que se estabelecem entre o Direito e as normativas éticas, devemos reter, como principais aspetos importantes a reter, os que, de seguida, se apresentam:

Vimos como o problema das relações que se estabelecem entre o Direito, a Ética e a Moral se prende, em maioria de razão, com a temática questão do reconhecimento dos valores jurídicos. De facto, os valores marcam presença na realidade jurídica e esse facto não deixa de ser reconhecido pelo autor.

¹³² CUNHA, Paulo Ferreira da – *Faces da Justiça*, p.201

¹³³ NEVES - cit.87, p.73

Neste contexto, a grande novidade que traz a este estudo a obra de Castanheira Neves diz, precisamente, respeito à forma como reconhece e identifica esses valores como as mais nobres considerações éticas da realidade sociocultural dos homens, sendo que, a dignidade humana constitui-se no mais alto valor a respeitar pelo sistema normativo jurídico.

Assim é porque o Direito, sendo parte componente e criadora dessa realidade sociocultural, e na qualidade de representante dos valores criados neste contexto, não poderá deixar de se associar a uma certa “*condição ética*”, sempre em respeito, relembre-se, a essa dignidade humana que se reclama culturalmente por todos os povos. E diz-se culturalmente porque essa dignidade ou “*condição ética*” é produto, também ela, da cultura e não já somente da “*natureza*” física dos sujeitos.

Daí que o Direito Natural seja também objecto das considerações jurídico-filosóficas de António Castanheira Neves. No entanto, para a aplicação prática do Direito positivo, não é admissível a conceção de um Direito Natural de conteúdo ou determinações ontológicas, como parece definitivamente conceber-se. Dado que o Direito Natural é, também ele, produto da Cultura.

Resta-nos acrescentar que, para o autor, o Direito Natural é perfeitamente associável ao Direito Positivo e a estes parece caber-lhes, mutuamente, a tarefa de representar o sistema normativo do Direito.

De resto, os sistemas sociais e culturais de determinada comunidade jurídica não manifestarão qualquer oposição ao normal desenvolvimento daquela “*condição ética*” que se reclama do Direito, pelo menos, não enquanto o Direito subsistir tal como deve ser perspectivado: em total autonomia. A sociedade tem, definitivamente, o papel fundamental de descobrir e defender o pressuposto universal e eterno que dá sustento à estrutura normativa do Direito e que é correspondente à dignidade da pessoa humana. Por tudo isso, em definitivo, afirma Castanheira Neves: “*E com isto estamos perante aquela constitutiva dimensão ética que unicamente confere ao direito o sentido de direito e do mesmo passo lhe garante a sua autonomia.*”¹³⁴

Em síntese, é com base nesta afirmação de Castanheira Neves que damos por concluídos os estudos desta sua obra que nos serviu de referência, afirmando que dizer o que acabou de ser dito é dizer, finalmente, que também para António Castanheira Neves o Direito se reconhece pela sua afirmação ética, confirmando-se, mais uma vez, o mesmo pressuposto que vimos ser defendido por João Baptista Machado. Partamos, por isso, com renovada confiança,

¹³⁴ NEVES - cit.87, p.71

para novos estudos que nos permitam compreender e esclarecer esta problemática relação que se estabelece entre o Direito, a Ética e a Moral.

Título III - *Lições de Introdução ao Direito* de Fernando José Bronze

Centrada especialmente no valor da pessoa, a presente obra demonstra a mais viável perspectiva vista até aqui para a formulação de um sistema jurídico criado em comunhão com as normativas e demandas da Ética. “*Lições de Introdução ao Direito*” de Fernando José Bronze é uma obra que nos permite condensar uma boa parte das teorias dos autores citados anteriormente, com especial identificação com a teoria de António Castanheira Neves.

De resto, tal como Baptista Machado e Castanheira Neves, também o autor agora em análise procura enquadrar e justificar o Direito no seio dos seus próprios princípios e valores, os quais se devem representar através da própria criação normativa.

No entanto, F. José Bronze prefere apelidar aquilo que constitui a verdadeira referência do sentido do Direito pelo conceito do “*dever-ser*”, este em tudo semelhante à definição de “*exigência de um fundamento axiológico de validade*”, que vimos com Castanheira Neves ou nas mais concretas definições do Direito Natural abordadas na obra de João Baptista Machado. Assim, e no dizer do próprio F. José Bronze: “*O sentido do direito compreendemo-lo, pois, na sua transcensão (na sua referência ao dever-ser) e não no que se nos oferece já constituído*”.¹³⁵

Tal como os restantes autores aqui citados, também F. José Bronze prefere atribuir ao Direito um sentido que está para além desta “*mera descrição analítica da ordem jurídica*”, como diz. Na sua perspectiva, o Direito deve antes ser visto como “*intenção de valor e de sentido, que transcende todas as suas objectivações*”¹³⁶. A prova do que afirma apresenta-a através da hipótese de que, se, a certa altura, todo um ordenamento jurídico atingisse a situação de rutura, nem por isso, afirma, ficaríamos sem Direito.

O conceito que melhor representaria o Direito traduzir-se-ia, na opinião do autor, na seguinte classificação: “*um princípio normativo, um regulativo, um conjunto de valores, com particular intenção, que o homem quer projectar na sua prática*”, e, por isso, conclui, “*como princípio normativo, o direito é, portanto transpositivo*.”¹³⁷

Como se compreende da leitura da obra, o autor reconhece a pertinência dos valores no campo da formação do Direito, os valores constituem o elemento primordial formador da vontade dos sujeitos, no entanto, a existência ou razão de ser do Direito não deriva dessa representação dos valores ou dos princípios éticos, muito embora, para o seu conceito de

¹³⁵ BRONZE, Fernando José - *Lições de Introdução ao Direito*, p.157

¹³⁶ BRONZE - cit.135, p.158

¹³⁷ BRONZE - cit.135, p.158-159

formação, estes contribuam em larga escala. Como diz: “o direito, embora não seja alheio aos valores (pois é neles que afinal radica a sua dimensão de validade) não se reduz a eles [...] o direito não se reduz, portanto, nem ao económico, nem à política, nem ao axiológico-cultural. Em última análise – e agora em termos positivos -, o direito, centrado como está na pessoa, radica na intersubjectividade.”¹³⁸.

De facto, também para este último autor os valores têm apenas e só, um papel secundário, contudo necessário, para a determinação do verdadeiro sentido do Direito. Em sua opinião, o verdadeiro sentido do Direito deverá ser buscado, afinal, na pessoa humana e através da relação intersubjetiva que estabelece com os seus semelhantes. Como afirma: “o direito não é ética, não devemos, todavia, esquecer que ele tem um fundamento ético”¹³⁹. O mesmo se diga a respeito da relação do Direito com a Moral, pois, se ambas as normativas se constituíssem numa só, o Direito “não passaria de um apelo que dirigiria à consciência de cada um”.¹⁴⁰

No entanto, muito embora assumo que se tratem de realidades diferentes, denotamos, ainda, que no pensamento de Fernando José Bronze está perfeitamente enraizada a teoria de que a realidade jurídica deve muito da sua compreensão às disciplinas éticas e à Moral. Vejamos então como se esclarece toda a sua teoria a respeito desta relação entre as normativas do Direito, da Ética e da Moral.

Capítulo I - Reconhecimento Ético do Direito:

1 - O “Papel” da Pessoa

Por agora, já conseguimos constatar que para F. José Pinto Bronze o Direito não é a mesma coisa que a Ética ou a Moral. Vejamos a que se deve, afinal, esta necessidade de distinção destas duas ordens normativas, não obstante toda a dependência dada e reconhecida entre o conceito de Direito e as disciplinas da Ética e da Moral.

A distinção entre o Direito e a Ética deve-se, sobretudo, a questões de eficácia do próprio Direito. Na opinião de F. José Bronze o que realmente faz divergir, por exemplo, o Direito da Moral é o fato de o primeiro possuir o que, nas palavras recorridas de Albrecht Wellmer, se denomina: “constitutivo [*hoc sensu*, conformador da concreta estrutura orgânico

¹³⁸ BRONZE - cit.135, p.242

¹³⁹ BRONZE - cit.135, p.160

¹⁴⁰ BRONZE - cit.135, p.53

*institucional] de uma “praxis” e a característica sanção que o predica”*¹⁴¹. Ora, estas duas características não devem considerar-se atributos de um qualquer sistema normativo ético ou moral. São apenas caracteres exclusivos do Direito.

No entanto, a par destas considerações, não podemos ignorar o facto de que o Direito não possui legitimidade para, por si só, se impor aos indivíduos. Como afirma Pinto Bronze, é no “*sujeito com uma inviolável autonomia e dignidade éticas*” que se encontra depositada tal legitimidade, não obstante a exigente estrutura normativa do Direito que, em nome da eficácia das relações estabelecidas entre os indivíduos, o possa fazer distanciar das normas morais.

Como afirmou a certa altura o escritor José Saramago “*[as] consciências calam-se mais do que deviam, por isso é que se [criou o direito]*”¹⁴². Ora F. José Bronze faz uso das mesmas para traduzir a sua ideia de que, muito embora toda a independência que o Direito possa deter relativamente às normativas da Ética, essa “praxis” que o mesmo Direito visa constituir, tomando aqui a expressão do filósofo citado Albrecht Wellmer, não é suficientemente forte para excluir do campo das suas considerações os valores éticos ou morais que coordenam as ações dos indivíduos.

E assim, como afirma agora finalmente F. José Bronze, o Direito deverá constituir-se em algo “*que se não limite a este plano da consciência e que antes atenda às relações sociais – pois só se assim for é que, mesmo tendo muitos homens uma enorme dureza de coração (e não sendo, portanto, sensíveis aos mandamentos da moral), [...] nem por isso os outros deixam de poder fruir as coisas do mundo.*”¹⁴³.

E isto assim é porque, como diz, é a Pessoa “*o pressuposto irreduzível – o dever-ser que fundamenta o dever-ser do direito*”¹⁴⁴. Por consequência, o que, em último, legitima o carácter obrigatório do Direito é esse reconhecimento do valor da pessoa. O que à pessoa diga respeito é, sem dúvida, objeto do Direito, bem como, causa para o cumprimento e respeito das disposições que o mesmo preveja. Por isso, o autor afirma que, antes de tudo, “*São, portanto, os valores por mediação dos quais nos compreendemos uns aos outros como pessoas que constituem o “direito do direito” – o direito radica nessa “autopressuposição axiológica [...]*”¹⁴⁵.

Mas, então, a que se deve esta relação tão próxima entre o Direito e a Pessoa? Porque motivo devemos nós assentar a ideia de que o Direito existe e se realiza numa plataforma de

¹⁴¹ Apud BRONZE, Fernando José - *Lições de Introdução ao Direito*, p.114

¹⁴² Apud BRONZE, Fernando José - *Lições de Introdução ao Direito*, p.79

¹⁴³ BRONZE - cit.135, P.54

¹⁴⁴ BRONZE - cit.135, p.164

¹⁴⁵ BRONZE - cit.135, p.165

projeção dos valores da Pessoa? O que nos diz F. José Bronze a este respeito constam as seguintes conclusões: Parece-nos que reconhecer os valores da personalidade do indivíduo se revela essencial à própria função do Direito, isto porque, em primeiro, e como já constatámos, sem esse reconhecimento, não poderíamos atribuir ao Direito a qualificação de norma, nem a sua consequente e legítima imposição. Os valores não se constituem na condição de vigência do Direito mas constituem, definitivamente, a dimensão da validade jurídica.

Em segundo lugar, note-se, que o que motiva tal relação de dependência entre o Direito e a Pessoa deve-se pelo facto de que, como afirma o autor, “*cada homem exige o fundamento daquilo que o outro dele reclama, e vice-versa*”¹⁴⁶. Como vimos anteriormente, o Direito não tem legitimidade para impor os valores que traduz; esta tarefa cabe ao homem. E, não tenhamos dúvidas, o Homem, tal como os restantes animais procura a sobrevivência, a qual se traduz, também, pela manutenção das características que o auxilia nessa luta. No caso do Homem é a sua individualidade que mais eficazmente lhe garante o sucesso, daí que a personalidade seja um factor importante a considerar.

Percebemos melhor agora porque motivo o autor não assume imediatamente o valor ético como o fundamento imediato do Direito. É porque o Direito deve ter o propósito de, sobretudo, criar estruturas para que o cumprimento dos valores dos indivíduos se realize com sucesso. Por isso mesmo, somente se exige ao Direito que este seja um ordenamento que promova o “*confronto das exigências de sentido dialecticamente caracterizadoras da intersubjectivo-praticamente radicada dignidade e da histórico-concretamente situada posição de cada um dos interlocutores*”¹⁴⁷, o que faz com que o Direito se apresenta como uma espécie de mediador da dignidade da pessoa, - que é pensada no seu contexto geral, comunitário - e do papel social que cada indivíduo exerce na sociedade.

Assim, compreender o verdadeiro significado do Direito implica, na perspectiva de F. José Bronze, reconhecer a forma intersubjetiva denunciadora dos valores que motivam as ações dos homens. De facto, o Direito regula e disciplina as relações sociais e esse é o seu único objeto. No entanto, para nos seja possível identificar o verdadeiro sentido do Direito é necessário atentar nas características que identificam os sujeitos como pessoas, bem como nos valores tradutores da sua condição, para, por fim, fundamentar e legitimar as suas ações. Por aqui, passa o reconhecimento das relações que se estabelecem entre o Direito e a Ética.

¹⁴⁶BRONZE - cit.135, p.159

¹⁴⁷ BRONZE - cit.135, p.159-160

Assim, vemos que também na teoria de Fernando José Bronze o Direito acaba por revelar-se, ainda que por linhas não muito diretas, um acérrimo acompanhante dos valores éticos e dos princípios da Moral, não obstante assumir, tal como de resto todos os restantes autores aqui abordados, a evidente impossibilidade de fundamentar o Direito somente nas normativas éticas.

2 - A Pessoa e o Cidadão

Tal como verificámos, para F. José Bronze o Direito revela-se ou manifesta-se em constante diálogo com os valores éticos dos indivíduos. Como afirma: *“O direito é, pois, o subsistema que a sociedade mobiliza para conseguir uma suficientemente harmónica integração das várias afirmações individuais no contexto comunitário.”*¹⁴⁸.

Por isso, o Direito é uma criação do homem, feita em resultado da necessidade de dirimir as dificuldades que se colocam entre todos quantos queiram ver reconhecida a sua dignidade ética. Isto porque os homens são, ao mesmo tempo, legítimos possuidores de uma liberdade que nem sempre lhes é reconhecida. Ao Direito cumpre fazer esse reconhecimento. Mas será que ao Direito cumpre fazer, de facto, o reconhecimento ou a identificação individualizada da personalidade de cada indivíduo em cada norma que cria? Terá o Direito esse propósito?

Não nos parece, no entanto, que o autor entenda tal cenário como possível. Neste sentido, afirma: *“O Sistema social, na medida em que é nuclearmente estruturado pelas mencionadas (e estabilizantes) categorias do estatuto e dos papéis [...], permite, compreensivelmente [...], uma muito significativa redução da complexidade do nosso encontro [...], na verdade, este seria muito mais complicado [...] se cada um de nós envolvesse a unitária totalidade das suas dimensões de pessoa nas relações que estabelece no cenário social [...]”*¹⁴⁹ Do que retiramos do presente excerto permite-nos concluir que o que verdadeiramente interessa ao Direito é, de facto, o “papel” que cada indivíduo interpreta na sociedade e já não tanto a sua individualidade ou a sua personalidade.

Vemos que é o cidadão que interessa ao Direito e não a Pessoa. O indivíduo, em contexto de sociedade, assume um “*papel*” independente da sua personalidade, um papel que lhe é exigido e por ele aceite. Portanto, o que ao Direito interessa disciplinar é antes o

¹⁴⁸ BRONZE - cit.135, 202

¹⁴⁹BRONZE - cit.135, p.194

“estatuto” que os indivíduos ocupam em sociedade e já não a personalidade ou individualidade que os caracterizam.

Mas não esqueçamos, contudo, o facto de que não é porque o Direito não tem o propósito de atender à individualidade de cada cidadão que esta não acabe por manifestar-se através das relações sociais que os indivíduos estabelecem entre si. O Direito só não tem a legitimidade de, por si só, a representar.

Neste sentido, é facto que a personalidade dos indivíduos acaba por influir através dos ditos “papéis sociais” dos indivíduos. *“E é assim porque nós somos seres centrífugos (somos seres de liberdade individual) que convivemos num horizonte centrípeto (a sociedade chama-nos a si, pois precisamos dela para nos realizarmos humanamente). De um lado somos insociáveis, do outro sociáveis – e a dinâmica da história resulta desta (é animada por esta) tensão.”*¹⁵⁰. É esta, de facto, a condição do Homem, e que não pode ser negada pelas considerações dos sistemas sociais e jurídicos. O indivíduo vive e resulta, pois, desta relação estabelecida entre o que lhe é dado a conhecer, só a si, e através do carácter íntimo e individual da sua personalidade, e o que social e culturalmente lhe é transmitido pela comunidade na qual está inserido, em todos os momentos da sua vida.

Isto acontece porque, como igualmente nos mostra F. José Bronze, a personalidade do indivíduo constrói-se em sociedade e o Direito não pode, por isso, negar-se a representar essa mesma possibilidade, como, de resto, já o havíamos confirmado a propósito do estudo da obra de Baptista Machado e de Castanheira Neves. Por isso, afirma também F. Bronze *“Não será, portanto, voltados para o (mais ou menos embaciado...) espelho do conto da nossa emulação juvenil, nem debruçados sobre o lago de Narciso da nossa memória cultural – em monólogo connosco -, mas sim em autêntico diálogo ético-prático com os outros que logramos instituir reflexivo-argumentativamente a nossa personalidade”*.¹⁵¹

Volvida a importância das estruturas socioculturais para a compreensão da própria estrutura psicológica dos indivíduos que nelas se inserem, confirmamos como o pressuposto sobre que assenta a compreensão das relações que o Direito estabelece com as realidades da Ética se relaciona com o conceito de “Pessoa”. No entanto, ao contrário do anterior autor estudado, parece-nos que, sob a teoria de F. José Bronze, não se defende, pelo menos, não tão profundamente, a importância de um carácter ético da Pessoa. Já no que diz respeito à

¹⁵⁰ BRONZE - cit.135, p.182

¹⁵¹ BRONZE - cit.135, p. 453

concepção e desenvolvimento de uma condição ética do cidadão, este é já um conceito que parece enraizar-se na teoria que agora nos serve de estudo.

De facto, segundo a concepção do autor, o estatuto que a sociedade traz à condição dos sujeitos do Direito parece revelar-se muito mais interessante à perspetiva e desenvolvimento das formulações éticas que possamos efetuar à volta da realidade jurídica. Esta é, de resto, a proposta que nos deixa F. Bronze nesta sua obra que nos serve de análise. Vejamos, por isso, com mais pormenor como se estabelece esta condição ética do cidadão que agora conjecturamos.

3 - Do “Dever-Ser” do Direito

A sociedade traduz-se, como acabamos de constatar, parte do objeto do Direito. Isto significa, repita-se novamente aqui, que Direito acompanha o percurso da sociedade que disciplina.

Poderá isto querer significar que, para Fernando José Bronze, de certa forma, o Direito se identifica com a ciência que estuda a sociedade e que, por isso, dela deve retirar as suas definições próprias? De tudo o que já oportunamente abordámos a propósito da relação entre o indivíduo, o Direito e a sociedade, tal não nos permite afirmar tal pressuposto. A posição de Fernando José Bronze relativamente a este assunto revela clara oposição às teorias que defendam a formalidade positivista dos factos como critério exclusivo da criação das normas jurídicas. Atender exclusivamente ao dado é matéria das ciências sociais que o Direito não acompanha.

Como temos vindo a constatar, é aos valores que devemos atribuir o princípio criador do Direito. Mas, como também nos explica o autor, a positividade faz parte do Direito e, sem ela, o Direito não existiria. Ora a sociedade e todos os elementos estruturais que ela encerra trazem essa necessária positividade para o campo de acção do Direito.

Note-se, no entanto, que: “*A positividade não deve confundir-se como o positivismo*”. Isto é assim concebido pelo autor porque, embora o Direito deva constituir-se numa afirmação do que é positivo, isto é, do que possui uma existência real porque a sua função visa, precisamente, disciplinar a realidade concreta, tal não significa, no entanto, que as leis que regem esta mesma realidade concreta devam definir a própria realidade do Direito. A positividade constitui-se, pois, no verdadeiro critério para a determinação do sentido do Direito mas esta não impede a concretização dos valores que regem o sentido do Direito, por

isso, completa a anterior aceção afirmando: “a positividade, note-se, não é antinómica da dimensão do dever-ser do direito”¹⁵²

Tal como o vimos anteriormente na obra de A. Castanheira Neves, confirmamos igualmente com F. José Bronze que o Direito estabelece uma complexa relação de reciprocidade com a realidade que visa disciplinar e dela depende para poder afirmar o seu sentido. Ora, o seu sentido, vimo-lo, depende do conceito de “dever-ser”, que caracteriza e traduz os valores da pessoa. Isto significa que devemos, numa só palavra, afirmar a interligação entre os conceitos aqui em estudo. Se o Direito depende de um certo “dever-ser” para atingir o seu sentido completo, e este mesmo conceito de “dever-ser” não se opõe à concreta e objetiva realidade composta pela sociedade, só podemos afirmar, mais uma vez, o seguinte: Os conceitos de Direito, Ética e Sociedade estão interligados numa relação de mútua e evidente dependência.

4 - Dos valores do Indivíduo e dos Valores da Sociedade

Nesta altura, faz-se a pergunta que visa saber como será possível realizar esta árdua tarefa de relacionar os valores num “quadro cultural dominado [...], pela axiologicamente indiferente sobressaliência da discursividade científico-tecnológica?”¹⁵³. Esta questão que já F. José Bronze nos coloca e que já oportunamente por nós foi tratada a propósito da distinção entre os conceitos de Justiça universal e de Justiça particular, é agora partilhada na perspetiva de F. José Bronze.

A este propósito, a grande questão que se coloca especificamente à tese de F. José Bronze visa saber como se faz o reconhecimento de um sistema regulativo ético-jurídico partindo do pressuposto de que o Direito, na qualidade de instrumento de regulamentação, se vê forçado a participar numa realidade de relações sociais que, cada vez mais, parece afastar-se desse domínio do “superpositivo”. A esta grande problemática o autor responde do seguinte modo: “Na verdade, e como já deixamos entrever, só de uma criticamente assumida perspetiva “reflexivo-transcendental” –hoc sensu: só na contrafáctica antecipação (só na discursiva pressuposição) de um prático-culturalmente enucleada “comunidade de comunicação ideal” – tem sentido procurar discernir o intersubjectivamente predicativo

¹⁵² BRONZE - cit.135, p.237

¹⁵³ BRONZE - cit.135, p.464

fundamento irredutível da própria possibilidade do diálogo argumentativo, que, como tal, radicalmente o constitui.”¹⁵⁴

Esta “*comunidade de comunicação ideal*”, que já Baptista Machado e Castanheira Neves defenderiam e que F. José Bronze faz o devido “Jus”, representa aquele sentido do Direito que procurar sempre o seu “devir”, aqui também em diálogo com a expressão do primeiro. “*Comunidade de comunicação ideal*” é, pois, o elemento a repetir na perspectiva não só de Castanheira Neves mas também na de Fernando José Bronze.

Do ponto de vista jurídico, só faz sentido interpretar para representar o sistema de relações sociais se este sistema for pensado e perspectivado para o seu futuro. Pensar a sociedade sob os instrumentos do Direito é pensar o seu ideal.

Conceber o sentido do Direito sob a orientação dos princípios e dos valores é, na visão de F. José Bronze, algo que se revela essencial à própria sobrevivência da Humanidade, pois, como afirma: “*sendo a situação actual caracterizada pela iminência e gravidade dos perigos que ameaçam toda a humanidade, percebe-se a urgência da regulativa antecipação de uma “ética da responsabilidade solidária”*”¹⁵⁵

Tal demonstra que para Fernando José Bronze os valores correspondem como que a uma “âncora de salvação”, contra a desordem e o caos que, por vezes, se apresentam à humanidade no percurso da sua evolução histórica. Verificamos agora porque razão, não obstante o plano transpositivo em que podemos incluir os valores do Direito, igualmente, nos é possível afirmar a relevância dos mesmos no contexto de análise e criação das normas que regem as relações que se estabelecem socialmente: é porque, entre outras coisas, e como bem sabemos, os valores alertam as gerações vindouras para os erros do passado, proporcionado, com isso, a preservação e consequente evolução da própria humanidade.

Também por isto, o autor assumia uma estreita relação entre o individual e o social. Ao primeiro deve o segundo toda a sua existência e dela ainda não se autonomizou, tal como parece concordar F. José Bronze: “*Hoje, contudo, a sociologia não acentua esta diferença, como que ôntica, entre o comum e o individual e tende antes a sustentar a tese de que a sociedade é uma certa estruturação integrante da nossa coexistência. [...] a sociedade é constituída pelas nossas relações, mas a única matéria que nela “está” somos nós mesmos.*”¹⁵⁶

¹⁵⁴ BRONZE - cit.135, p.469

¹⁵⁵ BRONZE - cit.135, pp.466 a 467

¹⁵⁶ BRONZE - cit.135, p.183

No entanto, é precisamente pela existência da sociedade que o indivíduo descobre e desenvolve os valores que agora lhe garantirão a própria sobrevivência, pois, *“(não sublinhavam já KANT e NIETZSCHE, e respectivamente, que só o “antagonismo” permite “despertar todas as forças do homem” e que apenas as “oposições” lhe aguçam a vontade de querer [sempre] vir a ser mais?”*¹⁵⁷.

A sociedade ajuda pois o indivíduo a descobrir-se a si próprio, a desvendar a complexidade dos seus interesses, proporcionando-lhe, desta forma, a sua própria evolução. Neste sentido, Fernando José Bronze estabelece um diálogo com aqueles dois diferentes modelos de sociedades perspectivas na obra de Castanheiras Neves. As sociedades “reais” de que nos falava este último autor são agora condição do melhoramento do cidadão enquanto pessoa. E o Direito, dada a sua função interpretativa da realidade com todas as suas complexas formas, só pode traduzir-se nisso mesmo. Por isso, conclui F. José Bronze: *“Sumariemos tudo quanto precede dizendo que à pessoa cumpre empenhar-se em intersubjetivizar a sua (inapagável) subjectividade – não para capitular ante a farisaica e vulgar afirmação de que eventuais vícios privados se devem travestir de públicas virtudes, mas para traduzir a eticamente decisiva diferença axiológica que medeia entre o monologismo em que se isola e que redutivamente identifica o indivíduo, e a dialogicidade em que se enreda e que autenticamente a constitui como pessoa.”*¹⁵⁸

Assim concluímos com o autor que o Direito deve ser pensado num contexto ético que traduza precisamente esta mútua dependência entre a pessoa e a sociedade. O Direito deve traduzir a interdependência entre realidades, como propõe o autor: *“Ao contrário da autista “ética da consciência”, de Kant, ou da irracionalista “ética da situação” de Weber, assume-se aqui, como risco incontornável, uma axiologicamente fundamentada e praxisticamente realizável ética dialógica [...] empenhada em aprofundar continuamente os horizontes culturalmente (e, portanto, também politicamente) vigentes, devendo aferir-se por esse constituendo paradigma discursivo a validade das próprias “decisões concretas”*¹⁵⁹

¹⁵⁷ BRONZE - cit.135, p.196

¹⁵⁸ BRONZE - cit.135, p.453

¹⁵⁹ BRONZE - cit.135, p 468

5 - Dos Princípios da Liberdade e da Dignidade Ética

Assim sendo, o sentido do Direito não pode, como vimos, aferir-se sem atender a este contexto interdisciplinar entre o indivíduo e a sociedade.

Note-se, no entanto, que muito embora os valores e princípios devam representar a estabilidade que garante a segurança e a manutenção da paz entre os indivíduos, o que é facto é que, esses mesmos valores e princípios deverão, por outro lado, acompanhar a evolução dessa mesma relação interdependente. Os princípios e valores que resultam desta relação devem sucessivamente dar lugar a novos princípios e valores, caso contrário, colocaríamos em causa a evolução dos indivíduos e das próprias comunidades.

Posto isto, serve-nos o presente facto para constatar que, mais uma vez, Fernando José Bronze recorre a critérios éticos para solucionar o problema das escolhas do sentido do Direito. Isto porque, como sabemos, muitas vezes, perante a diversidade axiológica que encontra na sua realidade, torna-se difícil para o indivíduo decidir por quais valores deve pautar as suas condutas. E esta dificuldade chega a repercutir-se nos princípios orientadores das próprias sociedades. Perante esta possibilidade, o autor propõe-nos a seguinte solução a encontrar para o verdadeiro sentido do Direito: *“Sintetizamos esse sentido na fórmula que conhecemos em CASTANHEIRA NEVES – no “princípio normativo”, que caracterizámos e que, como bem percebemos, não nos poupa à tarefa da sua histórico-concreta realização.”*¹⁶⁰

Como vemos, a solução que o autor nos apresenta para encontrar o verdadeiro sentido do Direito não pode representar-se e ser encontrada definitivamente. Torna-se necessário que o Direito acompanha-lhe a mudança dos interesses e vontades dos indivíduos. No entanto, uma certeza nos deixa já antever. É necessário que essa evolução seja sempre o reflexo da vontade dos homens encontrada, esta mesma, nas comunidades que os mesmos representam.

Também por isso é que, segundo o que nos conta Fernando José Bronze, poderíamos resumir todo o sentido do Direito na fórmula que aqui se transcreve: *“se nos interrogarmos pelo divisor comum a todos estes sentidos apelantes, cremos que nada tem de ousado discerni-lo nos princípios da responsável liberdade e da igual dignidade da pessoa.”*¹⁶¹

No entanto, como temos vindo a constatar, esta possibilidade sofre constantes avanços e retrocessos ao longo da própria evolução histórica. Tendo consciência disso mesmo, o autor assume que a escolha do designado *“princípio normativo”* nem sempre se tem verificado, consequência, ainda, dessa evolução porque têm que passar, necessariamente, o indivíduo e as

¹⁶⁰BRONZE - cit.135, p. 492

¹⁶¹ BRONZE - cit.135, p. 492

comunidades. Como afirma neste sentido: *“Acontece, porém, que a realização da intenção normativa sintetizada nestes dois princípios só pode conseguir-se por aproximações sucessivas – por passos mais ou menos logrados em resultado da dialética que vai dinamizando as experiências problemáticamente interpostas e as (por sua mediação constituendas) exigências reflexivamente pressupostas.”*¹⁶².

E se assim é, então, faz todo o sentido falar-se do segundo princípio orientador do verdadeiro sentido do Direito. A *“igual dignidade ética da pessoa”* constituir-se-á o princípio mais do que esclarecedor de que o sentido do Direito converge para a constante tradução dos valores da Pessoa, e isso, é já uma reforçada forma de afirmarmos, agora com base na teoria de Fernando José Bronze, que o Direito se manifesta em legitimado diálogo com as normativas éticas e os preceitos da Moral.

Síntese

Muito embora a obra *“Lições de Introdução ao Direito”* de Fernando José Bronze nos permita assumir ou identificar, sem subterfúgios, uma evidente relação entre o Direito, a Ética e a Moral, o que é facto é que, na verdade, o que mais se destaca nesta obra prende-se com a importância de reconhecer o elemento social como um elemento, também ele, de contornos éticos. Uma das mais importantes críticas que atualmente se fazem ao problema das relações entre o Direito e as normativas éticas resulta, precisamente, do argumento de que a Sociedade se estrutura sem atender muito a considerações ou valores éticos. Pela análise da obra que acabámos de efetuar, tal não parece constituir-se inteiramente verdade.

As sociedades parecem, sem sombra de qualquer dúvida, constituir um dos elementos essencial à compreensão da realidade normativa do Direito, e F. José Bronze demonstra-o perfeitamente quando revela a necessidade de colocar o problema do Direito ético assente sobre as questões mais prementes das estruturas socioculturais do nosso tempo. Isto dá-se porque, como vimos, as principais finalidades dessas estruturas são, em tudo, compatíveis com os fins dos próprios indivíduos que vivem sob essa influência cultural.

Ainda assim, a principal mensagem que F. José Bronze parece querer transmitir-nos é a de que não interessa tanto ao Direito e, como a ele, à sociedade e aos cidadãos, a representação de uma ética pessoal ou íntima das considerações dos sujeitos. O que realmente

¹⁶² BRONZE - cit.135, p.492

importa à disciplina do Direito parece ser agora o “papel” que cada um dos sujeitos adota enquanto membro da sociedade, sem descurar que, sob a capa desse “*papel social*”, fluem, igualmente, as reais aspirações dos sujeitos que os desempenhem. É isto que verdadeiramente interessa ao Direito nas considerações que agora recebemos da obra em estudo. Com isto, tem F. Bronze o propósito de despertar a comunidade jurídica para o interesse de reconhecer os valores que unem os indivíduos entre si.

Outros assuntos como o “Dever-ser” do Direito parecem ser fundamentais à compreensão de uma verdadeira essência ética do Direito. Neste sentido, o autor encara a possibilidade de realização, em pleno, do valor ético do Direito positivo, tendo-o a comprovar o próprio carácter transcendental do Direito.

Na continuidade disto mesmo, o único sentido do Direito só pode encontrar-se em permanente construção, pela realização de um verdadeiro “*direito em devir*” que já Baptista Machado ou Castanheira Neves defenderiam.

Aliás, é na senda destes últimos autores que nos faz recordar F. Bronze a revigorante necessidade de encarar o sentido do Direito sob o pressuposto de uma “*comunidade de comunicação ideal*”, tradutora dessa mesma possibilidade de realização do Direito. Neste sentido, o Direito só se poderá conceber como uma realidade em aberto.

De resto, é por isso que o Direito se pauta pelo princípio da Liberdade associada a uma eminente e sempre respeitável dignidade dos sujeitos. No entanto, não devemos ignorar que inerente a este pressuposto se deve aliar, sempre e em qualquer circunstância, a ideia de que o Direito é, também ele, e acima de tudo, um “*princípio normativo*”, facto para o qual já Castanheira Neves nos alertava.

Por isso se defende, agora segundo as concepções de F. José Bronze, que só mediante o respeito por essa qualidade do Direito que o identifica como uma norma é que se logra finalmente atingir o verdadeiro significado do Direito. No entanto, parece o autor ser da opinião que este carácter normativo do Direito em nada obsta a que, em qualquer momento da sua realização, o Direito possa vir a estabelecer-se em pacífica união com a realidade ética e moral dos indivíduos.

Posto isto, reconhecemos na obra de F. José Bronze que existe o valor ético do Direito e este dá-se mediante a representação de um ideal social que o Direito, face à função que exerce, e em nome daquele princípio respeitador de uma “*comunidade de comunicação ideal*”, tem a responsabilidade de traduzir.

Título IV - *Introdução ao Direito* de Mário Bigotte Chorão

Das obras que agora nos propomos estudar percebemos que é possível, dentro da doutrina jurídica portuguesa, distinguir, na prática, Ética e Moral. Tendo como presente este pressuposto, devemos notar que, finalmente, nos é permitido estabelecer, com maior aplicabilidade prática, uma verdadeira separação entre os conceitos de Ética e de Moral, a par da explicação teórica que também deixamos indicada no início deste estudo.

Conforme nos conta Bigotte Chorão, o que distingue o Direito da Moral é o facto de este possuir um conjunto de características que o fazem, na prática, diferenciar-se, significativamente, daquela primeira ordem. Por outro lado, o mesmo não vem a acontecer na relação que o Direito estabelece com a Ética, a qual é bastante mais fortificada em relação aquela primeira. A comprová-lo teremos o caso da Justiça.

Da análise das relações que entre o Direito e a Moral se estabelece, a qual merecerá, como é óbvio, um destaque mais crítico, guardaremos para a segunda parte do nosso estudo, pois este tem sido o encaminhamento levado até aqui. Por agora, detenhamo-nos nas relações que o Direito estabelece com a Ética, as quais parecem ser substancialmente mais importantes do que as primeiras que aqui se anunciam.

Posto isto, e relativizando aquela diferença ontológica entre o Direito e a Moral, devemos iniciar o estudo do pensamento e obra do autor Mário Bigotte Chorão através da relação que o Direito estabelece com as normativas da Ética. Para isso devemos dedicar toda a atenção ao problema do Direito Natural, pois será através do seu tratamento que melhor compreenderemos porque motivo o Direito depende tão profundamente da Ética. Mas antes disso, vejamos outras considerações gerais que devemos reter também em relação à obra que nos deixa o autor Mário Bigotte Chorão.

Como acontece com a maioria das obras que temos vindo a analisar, compreendemos que o esclarecimento do carácter ético do Direito exige a consideração de outras obras de referência, e, muitas vezes, exige também a ponderação dos aspetos comuns às considerações que os diferentes autores estabelecem entre si. Vimos isso, de resto, com a análise de todos os autores estudados até aqui. Para analisarmos a obra de Bigotte Chorão, com certeza, esse diálogo será igualmente útil ao esclarecimento das suas mais profundas considerações, o que, de resto, procuraremos estabelecer aqui sempre que possível. No entanto, compreendemos que o problema das relações entre o Direito e as normativas éticas se estende a outras obras do autor, como sejam o caso de *Pessoa Humana*, *Direito e Política*. Por isso, apesar do nosso

pretexto versar o estudo da problemática no seio dos manuais de Introdução ao Direito, não poderemos negar que esta temática será, na sua grande profundidade, melhor compreendida se tomarmos, como ponto de partida do nosso estudo esta obra do autor que acabamos de referir.

Assim, demos início a este estudo partindo, como dissemos, da obra de referência do autor para estes assuntos que envolvem a relação entre o Direito e a Ética. De seguida, veremos como as considerações que dessa obra podemos obter têm impacto direto no objecto do nosso estudo: a obra *Introdução ao Direito* do mesmo autor.

Como tivemos oportunidade de constatar nos capítulos anteriores, o princípio da Liberdade parece ser o fundamento chave para a compreensão de uma relação de cooperação entre as normativas do Direito e da Ética. Obtemos, por isso, até aqui, uma relativa unanimidade entre os autores que defendem este princípio como o fundamento último da Justiça e do Direito.

Neste sentido, Batista Machado, Castanheira Neves ou F. Bronze são os autores que nos explicam como o Direito pode assentar no princípio da Liberdade. No entanto, outros como sejam Delfim Santos, A. José de Brito ou Braz Teixeira, igualmente nos mostram como o Direito é ainda forma da sua expressão. Lembremos, por isso, apenas algumas definições que estes autores nos deixam.

Começamos por Delfim Santos que nos esclarece com a natureza do Homem tende para a liberdade: “*O homem é um centro de determinações imprevisível. É isto a sua liberdade. Pretender submetê-lo a um critério de previsível e necessária determinação é desfigurá-lo e desconhecê-lo.*”¹⁶³. Aqui, confirmamos como a lei deve salvaguardar o princípio da Liberdade como princípio orientador das suas normas.

Também A. José de Brito sustenta que o único possível critério de determinação do Direito assenta na concretização do princípio da Liberdade, como, de resto, já havíamos confirmado: “*Temos, portanto, que o insuperável, que é o Valor como vontade universal, é inteiramente livre, livre na liberdade de escolha das vontades particulares que contém em si e livre pela impossibilidade de estar sujeito a qualquer determinação exterior, a qualquer causalidade que esteja fora de si.*”¹⁶⁴

Na expressão de Paulo Ferreira da Cunha a liberdade “*é amiga*” do Direito. “*O Direito só mana da fonte castálica da mais pura juridicidade, que tem uma componente de eticidade*

¹⁶³ SANTOS, Delfim *Apud* TEIXEIRA, António Braz - *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, p.195

¹⁶⁴ BRITO - cit.30, p 192

*fundamental, sem se confundir, contudo, com uma “moral” armada, o que seria a sua própria negação, enquanto entidade autónoma, e em que a autonomia é um elemento de valor, marcante e substancial.”*¹⁶⁵

Como vimos, parece generalizada a ideia de que o Direito se funda, essencialmente, no princípio da Liberdade e que este é condição da sua própria existência, facto que dá, por sua vez, sustentabilidade à relação que o Direito parece estabelecer com o Universo da Ética.

No entanto, tendo como ponto de partida a análise da obra e pensamento de F. José Bronze, parece estabelecer-se um ponto de viragem desta mesma ideia que acabámos de expor. É que, contrariamente ao que autores como os anteriormente referenciados afirmam, Bigotte Chorão apresenta-nos uma teoria que parece não assentar o ideal do Direito sob esse princípio da Liberdade, mas antes, sob o princípio da Verdade, afirmando a tese da “*subordinação da política e da liberdade à verdade*”.¹⁶⁶

Neste sentido, Bigotte Chorão esclarece: “*Eis um punctum saliens do liberalismo contemporâneo e da crise das democracias ocidentais, projectado no voluntarismo legalista: potestas, non veritas, facit legem.*”¹⁶⁷ Contra esta, acusa a necessidade do retorno ao primado da Verdade, em nome daquela que entende ser a “*verdadeira liberdade*”. Apenas, pela presente via, o Direito recuperará, na visão deste autor, o seu verdadeiro sentido, e, com ele como veremos, o seu verdadeiro carácter ético.

Em respeito deste assunto, vimos com Cabral de Moncada, A. José Brandão e Batista Machado como a adoção do princípio da Liberdade se justificava em nome da ideia de que os valores a perseguir pelo Direito deveriam estabelecer-se sob relativa dependência das circunstâncias temporais ou espaciais da sua efetiva aplicação. Contudo, vimos também, que tal possibilidade apenas se aceitaria quando esta subordinação ocorresse segundo a vontade dos sujeitos do Direito, e só mediante esta. Isto justificaria, assim, o primado do princípio da Liberdade.

Ora, Bigotte Chorão esclarece-nos que, na realidade, as coisas não deveriam passar-se assim. Vemos como manifesta o seu desagrado perante teorias que fundamentam o Direito num certo relativismo ético e que fazem depender a fundamentação ou a criação dos valores jurídicos das condicionantes espaço-temporais em que os mesmos se realizam. Como afirma “*o relativismo é, em simples aproximação, a opção – atitude ou doutrina – que não reconhece a possibilidade de uma verdade objectiva e universal fundada na realidade,*

¹⁶⁵ CUNHA - cit.4, p.36

¹⁶⁶ CHORÃO, Mário Bigotte - *Pessoa Humana, Direito e Política*, p.397

¹⁶⁷ CHORÃO - cit.166, p.392

entendendo que os juízos cognoscitivos e valorativos dependem de (e variam com) circunstâncias subjectivas e condições histórico-sociais.”¹⁶⁸

Bigotte Chorão mostra-nos, igualmente, como devemos evitar cair nesse totalitarismo ou relativismo ético, tão característicos das sociedades atuais: “A. Del Noce observa que o «novo totalitarismo» se baseia mais no consenso que no terror, mais na tecnologia omnipresente dos mass media que nos campos de concentração, mais no isolamento moral do opositor que na sua destruição.”¹⁶⁹.

Vemos, de resto, como preconiza o autor a ideia de que esse relativismo ético é causa da exclusão dos valores morais do centro das considerações pessoais e sociais dos indivíduos, e como se adapta sem oposição nas concepções dos mesmos: “O relativismo gnosiológico e ético, que impregna profundamente a mentalidade contemporânea, caracteriza a «civilização da hipótese» (R. Spaemann) ou «cultura da opinião».”¹⁷⁰.

Ora, as consequências de tudo isto aproximam das sociedades e das suas formas de organização os “perigos” de um positivismo totalitário, a excluir na opinião do autor. Também por isso, afirma: “Ventos fortes de «politeísmo» axiológico, pluralismo ético e relativismo ético, de niilismo e de positivismo, não deixam florescer, na polis, a vida boa e justa dos seus membros e transportam consigo funestas ameaças de «abolição do homem».”¹⁷¹

No entanto, Bigotte Chorão não parece estar sozinho na defesa desta tese.

Já Orlando Vitorino defendia que o princípio da Liberdade, tomado como fim último do Direito, apenas contribuía para a total ineficácia do sistema jurídico, facto que, por si, traria a derrota do próprio Homem, e, com ele, a derrota do próprio Direito. Como afirmava: “O Direito, com sua misantropia, tomou do homem esta imagem depauperada, que ele mesmo lhe oferece, de um ser que não alcança a razão, vive através de volições quase sempre insatisfeitas e, sem poder para enfrentar a tragédia, o que só procura é que o defendam contra a cegueira da natureza e contra a tirania do espírito. A questão, agora, é esta: não poderá, tal imagem de um homem fechado, resguardado e uniformizado na sua debilidade, que previamente abdicou da liberdade que a razão traz, insusceptível já de se individualizar e

¹⁶⁸ CHORÃO - cit.166, p.377

¹⁶⁹ CHORÃO - cit.166, p. 374

¹⁷⁰ CHORÃO - cit.166, p.377

¹⁷¹ CHORÃO - cit.166, p.398

*incapaz portanto de constituir matéria para a pessoa, não poderá tal imagem hoje real tornar inadequado todo o sistema do Direito?”*¹⁷²

No entanto, não devemos tomar radicalmente a expressão do autor como uma exclusão do princípio da Liberdade do universo do Direito, muito pelo contrário. E o mesmo se diga do pensamento de Bigotte Chorão, como veremos. Para já, o que não devemos assumir, se seguirmos a perspectiva de Orlando Vitorino, é que a Liberdade se constitua o princípio orientador ou finalístico do Direito, pois ela não garante a completude do Homem, isto é, não garante que este, pautado exclusivamente pelas suas valorizações, atinja verdadeiramente o conhecimento da realidade que o circunda. Neste sentido, o mesmo se diga do pensamento de Bigotte Chorão, que entende, como vimos, que as valorizações que dependam das condicionantes histórico-temporais não devem corresponder aos verdadeiros valores a perseguir pelo Direito.

Ainda a propósito do pensamento de Orlando Vitorino, António Braz Teixeira ajuda-nos a compreender que para aquele autor o princípio da Liberdade se constituía num princípio válido para o Direito, contudo, dependente de um critério racional. Só através da Razão, a Liberdade poderia constituir-se num princípio ordenador do Direito, não obstante já o ser, por natureza, das vontades dos sujeitos do Direito. Para Orlando Vitorino, o princípio da Liberdade seria “*não só princípio mas elemento principal do espírito, de que a razão é o elemento real*”.¹⁷³ Assim sendo, o Direito tornar-se-ia, por isso, numa espécie de resultado dessa luta pela libertação do Homem, dessa incontornável e limitada forma de se apresentar a natureza humana; o Direito representaria, pois, a própria libertação do Homem no sentido que agora vemos.

No entanto, ao passo que Orlando Vitorino nos mostrava este reajuste do princípio da Liberdade afastado da natureza e mais próximo da Razão, Já Bigotte Chorão redireciona a limitação do princípio da Liberdade em nome, precisamente, da natureza humana, sempre em nome do princípio da Verdade. Perspectivamos aqui a clássica dicotomia entre um sistema normativo que se orienta sob as coordenadas de um Direito Natural Clássico, no caso de Bigotte Chorão, e de um Direito Natural moderno também designado “Jusracionalismo” defendido agora por Orlando Vitorino.

Neste mesmo sentido, Hans Kelsen aponta a teoria do Direito Natural Racionalista como sendo “*aquela cujos representantes veem a natureza do homem na sua razão e,*

¹⁷² VITORINO, Orlando - *Apud* TEIXEIRA, António Braz - *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, pp.242-243

¹⁷³ TEIXEIRA - cit.8, p.228

consequentemente, procuram deduzir da razão as normas de um direito justo. Eles admitem [...] que a razão, como autoridade normativa, como legisladora, prescreve aos homens a conduta recta, isto é, a conduta justa.”¹⁷⁴

Para compreender outras acepções desta problemática cujo tratamento já foi alvo do nosso estudo, devemos deter-nos, por agora, sobre as concepções que Bigotte Chorão nos apresenta a respeito do chamado Direito Natural.

Capítulo I - Reconhecimento Ético do Direito:

1.1 - O Direito Natural como Fundamento Último do Direito Positivo. A Teoria do Realismo Jurídico Clássico

Antes de mais, a obra de Mário Bigotte Chorão reconhece-se pelo caráter perentório com que afirma a relação entre o Direito Positivo e ordenamento do Direito Natural. Isto significa, desde logo, que a existência do próprio Direito faz-se depender de um outro ordenamento que lhe é exterior. Vejamos, já de seguida, quais as mais completas considerações do autor acerca desta relação. Por agora atentemos no seguinte:

Numa aproximação inicial ao fundamento último do Direito e por verificamos que este tem raízes num Direito Natural de acepções éticas urge questionar o seguinte: Afirmar que o Direito deve ser pensado em comunhão com um ordenamento natural e sob um pressuposto ético pode significar, igualmente, que falar-se de Direito Natural significa o mesmo que falar-se de Ética?

Em respeito a este assunto já Hans Kelsen manifestava a necessidade de estabelecer a distinção entre os conceitos de Direito Natural e de Moral. Como nos explica, a possibilidade de estabelecer como natural uma conduta social é algo praticamente impossível: “*A norma segundo a qual o homem se deve conduzir tal como regularmente se conduz a maioria dos homens apenas poderia ser apresentada como de direito natural se pudesse tratar-se de uma maioria de toda a humanidade e pudesse conferir-se a esta norma validade absoluta. O primeiro requisito a custo será possível e o segundo só é possível sob o pressuposto de se acreditar que é da vontade de Deus que homem assim se conduza, e apenas nesta, mas já não*

¹⁷⁴ KELSEN - cit.59, p.116

na conduta da minoria, se exprime a natureza do homem, a natureza que nele foi implantada por Deus [...]”¹⁷⁵.

Ora se a norma moral não é imanente à consideração de todos os homens, se reina a diversidade moral entre as consciências dos diversos sujeitos, como agora nos mostra Kelsen, como justificará Bigotte Chorão que o Direito Natural possa actuar em conjunto com a Ética para atingir os fins do Direito?

Apesar de todo o seu apego jusnaturalista, talvez tenha sido porque captou este mesmo sentido que agora nos deixa antever Kelsen, que Bigotte Chorão se permitiu defender a “*natureza das coisas*” como a melhor representante de toda a validade ética da realidade jurídica como constatamos da citação que se segue: “*Não basta, com efeito, uma mera validade extrínseca – formal (vigência) ou social (eficácia) – das normas, isto é, que estas vigorem de acordo com as regras estabelecidas no ordenamento e sejam efectivamente aplicadas na sociedade. É necessária, antes de mais, uma validade intrínseca ou ética (legitimidade). Precisamente a natureza das coisas constitui a medida, por excelência, dessa validade. Sem esta, os comandos legais deixam, em rigor, de ter força e natureza de lei jurídica. O respeito dessa validade intrínseca é também o critério decisivo da definição do Estado de Direito, não como mero Estado de Legalidade, mas como verdadeiro Estado de Justiça.*”¹⁷⁶. Neste sentido assenta e defende a sua tese de Direito Natural que se consubstancia no nosso já conhecido “*Realismo jurídico clássico*”.

Antes de mais devemos ter presente que no pensamento e obra do autor agora estudado, o Direito Natural tem correspondência direta com o Direito positivo; precipitar-nos-famos, até, a afirmar que um assume a identidade do outro, não fossem as diferenças que iremos constatar. No entanto, esta não parece ser a opinião generalizada entre os autores tratados neste estudo. Apenas para fazer algumas referências, vimos como o Direito positivo, muito embora, acabe por refletir os valores e os princípios do Direito Natural, não se encontra, contudo, ao mesmo nível que este. Autores afirmam, claramente, um Direito Natural superior ao Direito posto: “*são realidades de índole muito diversa, necessário o primeiro e meramente contingente o segundo*”¹⁷⁷, como afirma, por exemplo, António Braz Teixeira.

No entanto, na versão de Mário Bigotte Chorão, Direito Natural e Direito Positivo têm ambos o mesmo valor. Como afirma: “*o ordenamento jurídico constitui uma unidade integrada pelo direito natural e pelo direito positivo, como andares de um mesmo edifício.*

¹⁷⁵ KELSEN - cit.59, p.115

¹⁷⁶ CHORÃO, Mário Bigotte – *Introdução ao Direito: O conceito de Direito*, vol. I, p.149

¹⁷⁷ TEIXEIRA - cit.3, p.233

*Este princípio afasta a tentação de fazer do direito natural um ideal mais ou menos platónico, e inclui-o plenamente no processo uno de ordenação jurídica concreta.”*¹⁷⁸

No entanto, se não podemos ignorar que o autor admite a forte influência que o Direito Natural exerce sobre o Direito positivo, desse facto não devemos inferir a superioridade do primeiro ordenamento relativamente ao segundo. Ambos se estabelecem numa união equilibrada, como agora nos conta Mário Bigotte Chorão: “*não pode esquecer-se que ele, [Direito Natural] não só integra plenamente a unidade do direito vigente, mas constitui mesmo o seu «núcleo duro», o iustum ex natura rerum, expressão primaria e fundamental do justo[...]*”¹⁷⁹. Isto demonstra que o objeto do Direito positivo passa a ser também o mesmo que o do Direito Natural e vice-versa, facto que permite que os dois ordenamentos se encontrem unidos para uma mesma causa.

Ora se o Direito Natural está contido no Direito Positivo, quererá isto significar que Bigotte Chorão, ao contrário do que vimos há pouco, adota uma posição paralela à dos autores Cabral de Moncada, A. José Brandão e Batista Machado mostrando-nos, afinal, adepto de um ideal de Direito Natural buscado numa qualquer realidade histórica que o Direito positivo, obrigatoriamente, traduza? Dito de outra forma, estará o Direito Natural, na conceção do autor, dependente de condicionantes espaço-temporais porque ligado a um ordenamento que as representa?

Não, de facto Bigotte Chorão mantém-se aqui irredutível quanto à sua conceção. Como já tivemos oportunidade de constatar, Mário Bigotte Chorão, relativamente à problemática do Direito Natural, adota a visão clássica.

Segundo a teoria clássica do Direito Natural a ontologia do “Ser” confunde-se com a ontologia do “Dever-ser”, permitindo que os fundamentos das normativas do Direito Natural possam ser procuradas na essencialidade ou na “Natureza” dos seres.

Como melhor nos explica Braz Teixeira, para a visão clássica do conceito de Direito Natural, não devemos tomar como verdadeiras quaisquer formas que se apresentem como “*expressões autênticas de Direito Natural*” se não cumprirem os seguintes requisitos: Possuir uma natureza permanente, constante e imutável; natureza essa que adquire a forma de lei ou norma; que todo o homem possui a capacidade de visualizar e que, por isso, a transforma também em Direito positivo, acabando este por ir buscar o seu fundamento e a sua validade naquela forma de Direito Natural.

¹⁷⁸CHORÃO - cit.166, p.83

¹⁷⁹CHORÃO - cit.166, pp.105-106

Todas as formas de interpretar e conceber o Direito Natural que não comunguem destes tópicos devem ser excluídas da clássica definição do conceito, como também nos explica Braz Teixeira: *“convém advertir, desde já, que não consideramos como verdadeiras formas de jusnaturalismo ou como expressões autênticas de Direito Natural todas as que recusem algum ou alguns destes elementos, maxime a noção de uma natureza permanente e cognoscível, cuja implícita legalidade ou teleologia deva ser o paradigma ou o modelo do direito positivo”*¹⁸⁰. Logo, por aqui, podemos, também, afirmar a total adesão do autor Braz Teixeira aos princípios de um jusnaturalismo clássico.

Este autor dá-nos ainda alguns exemplos de teorias a excluir do verdadeiro conceito de Direito Natural. Neste sentido, considera o seguinte: *“sejam as que encerradas na «prisão kantiana», propugnam um Direito Natural meramente formal e de conteúdo variável, sejam as que perfilham um historicismo axiológico, sejam, ainda, as que, procurando conciliar o jusnaturalismo com o pensamento existencialista, propõem um Direito Natural flexível e mutável, de conteúdo em devir, ou uma visão prospectiva e criadora do Direito Natural como transcensão do direito positivo.”*¹⁸¹; todas elas, afirma, devem considerar-se excluídas da realidade normativa natural. Curiosamente, semelhante descrição remete-nos logo para as definições de Direito Natural que nos propõem C. Moncada, A. Brandão, B. Machado e também, C. Neves e F. Bronze, e de todo o *“conteúdo em devir”* que nos propunham Fechner ou Maihofer, conforme tivemos oportunidade de constatar neste estudo.

Neste mesmo sentido, Hans Kelsen mostra-nos como um Direito Natural de conteúdo variável pode vir mesmo a confundir-se com aquilo que, nas suas palavras, pode traduzir-se num *“positivismo relativista”*. Neste sentido afirma este autor: *“A teoria de que não existe um direito natural imutável mas apenas um direito natural variável não pode contrapor-se, como pretende, a este positivismo relativista; pois, abandonando a ideia de justiça absoluta [porque se adota à versão do relativismo axiológico] e, conseqüentemente, negando-se a si própria enquanto doutrina do direito natural, coloca-se no plano deste positivismo.”*¹⁸²

No entanto, é necessário, ainda a este propósito, esclarecer o seguinte aspeto: Da compreensão que fazemos das obras de Bigotte Chorão, a expressão e as características sobre as quais nos debruçamos servem-nos para compreender o conceito de Direito Natural, não do

¹⁸⁰ TEIXEIRA, António Braz – *A Justiça e a Crise do Direito Natural - Direito Natural, Religiões e Culturas – I* Congresso Internacional de Direito Natural- Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p.202

¹⁸¹ TEIXEIRA - cit.180, p.202

¹⁸² KELSEN - cit.59, p.136

Direito em si, pelo que não devemos confundi-las como propriedades deste último. E esta é a maior crítica que até aqui o autor parece vir a fazer a todos os pensadores que adotem o princípio da Liberdade como princípio máximo a influenciar o Direito e o seu sistema de valores.

Isto leva-nos a concluir que, muito embora propugne a teoria do jusnaturalismo clássico, nos termos que acabámos de ver, Bigotte Chorão não confunde os conceitos de Direito Natural e Direito em si, muito embora, a relação interdependente que entre ambos se estabelece seja algo evidente, como vimos. A teoria jusnaturalista de índole realista que o autor defende não admite, pois, a identidade entre os ordenamentos.

Dos motivos para a distinção entre o Direito Natural e o Direito em si faça-se referência ao seguinte aspeto: o Direito, porque é produto da sua história, não poderia estar exclusivamente dependente de um ordenamento desprendido das condições espaço-temporais. Como afirma Bigotte Chorão: *“Reconhecer a historicidade do direito implica, obviamente, rejeitar as concepções jurídicas ahistóricas, sem todavia, cair nos excessos do historicismo relativista. O jusnaturalismo racionalista peca [...] por ignorar a verdadeira dimensão histórica do direito, ao fazer deste uma realidade racional (no sentido de construída aprioristicamente pela razão), universal (uniforme para todos os povos) e eterna (validade, imutavelmente, para todo o sempre).”*¹⁸³ Como vemos, estas características que agora se enumeram são, algumas delas, confundíveis com a essência do Direito Natural, como é o caso do carácter universal e eterno das normas do Direito Natural, contudo, nenhuma delas podem, em caso algum, elencar a essência do Direito Positivo, segundo o que nos conta agora Bigotte Chorão.

Em conformidade com a tese que nos apresenta, devemos considerar que qualquer teoria que defenda a Razão contra a realidade tal como ela é, - e tenhamos, a este propósito, o exemplo de Orlando Vitorino que substitui a Liberdade pela Razão como critério ordenador do Direito, - jamais alcançará a verdadeira essência do Direito. Segundo esta conceção, talvez agora, possamos compreender melhor o que separa a teoria de Orlando Vitorino da de Bigotte Chorão.

De facto, seguindo o raciocínio de Bigotte Chorão, o Direito deverá depender da realidade que visa disciplinar, o que implica, sempre, uma certa submissão à *“natureza das coisas”*, para usar aqui a expressão do autor; implica reconhecer a realidade tal como ela é,

¹⁸³ CHORÃO - cit.176, p.186

para melhor a disciplinar, e não submetê-la a critério racionalistas como Orlando Vitorino defenderia.

Contudo, compreender a realidade do Direito, ainda sob a perspectiva histórica que Bigotte Chorão aponta, implica reconhecer um lugar aos valores que sempre se vão mantendo independentemente das mudanças que acompanham o passar dos tempos. Falamos pois do lugar a conceder ao Direito Natural, não obstante o caráter mutável que a realidade jurídica apresenta. Por isso, igualmente defende o autor que: *“Outras tendências, ao contrário, incorrem no erro do referido historicismo relativista, que, na sua perspectiva pan-histórica, perde a referência às medidas e valores supratemporais, nega, enfim, as verdades meta-históricas. Assim acontece, de um modo geral, com o positivismo jurídico, ao sobrevalorar os aspectos empíricos, contingentes e mutáveis do direito. A Escola Histórica do Direito resvalou nesse vício[...]”*¹⁸⁴. Assim aconteceria, também, com as teorias de Baptista Machado, Castanheira Neves ou F. José Bronze, se assumíssemos o pressuposto de que parte Bigotte Chorão.

É por isto que nos conta Bigotte Chorão que a compreensão do sentido do Direito exige o reconhecimento do caráter mutável do seu objeto, mas também o reconhecer que esse mesmo sentido deve ser perspectivado em comunhão com valores ou valorizações que, por vezes, adotam caráter universal e, por isso, se apresentam desligadas das condicionantes histórico-temporais, em plena identificação com a verdadeira essência do Direito Natural.

O autor adota assim uma conceção integral para a definição do Direito – *“Aspira-se, em suma, contra as tendências reducionistas e exclusivistas, a obter uma visão omnicompreensiva, abrangente e integradora, do direito, capaz de reunir numa síntese equilibrada as várias componentes desta realidade complexa e pluriforme.”*¹⁸⁵

Esta teoria permite vislumbrar uma conceção pluridimensional do Direito, colhida essencialmente nos ensinamentos de Miguel Real e assente, como nos classifica Bigotte Chorão, sob *“uma componente axiológica (a justiça, que preside à ordenação jurídica), uma dimensão normativa (a ordenação jurídica expressa um dever ser) e um elemento fáctico (a ordenação jurídica é um facto humano e social).”*¹⁸⁶

Por isto mesmo, como solução para a integração de características tão díspares no seio de um mesmo ordenamento, Bigotte Chorão propõe-nos a adoção da única teoria viável á

¹⁸⁴ CHORÃO - cit.176, p.186-187

¹⁸⁵ CHORÃO - cit.176, p.64

¹⁸⁶ CHORÃO - cit.176, p.65

compreensão integral do Direito – a teoria do Realismo Clássico. Em respeito desta teoria, diz-nos o seguinte: “*O jusnaturalismo realista adopta uma posição superadora dos dois apontados desvios: reconhece o dinamismo e multiplicidade do direito e, inclusivamente, os condicionalismos da ordem histórica que influem no processo de apreensão e realização dos valores, mas, ao mesmo tempo, afirma a imutabilidade e universalidade dos princípios do direito natural.*”¹⁸⁷

1.2 - Da sua Principal Crítica: A “*Falácia Naturalista*”

Tendo a presente e possível explicação para o afastamento de Bigotte Chorão dos autores agora citados e dos seus critérios histórico-culturalistas do Direito Natural, e agora cientes que, na perspectiva de Bigotte Chorão estas características pertencem somente ao Direito positivo, vemos retomadas as origens do princípio do Direito Natural, cuja concepção tradicional manda que do “*ser*” se podem retirar os preceitos de um “*dever-ser*”.

Neste sentido, Hans Kelsen esclarece-nos em que sentido devemos tomar este tipo de normas. Como diz: “*Não são, portanto, normas que – como as normas do direito positivo – sejam postas por actos da vontade humana, arbitrárias e, portanto, mutáveis, mas normas que já nos são dadas na natureza anteriormente a toda a sua possível fixação por actos da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e imutáveis.*”¹⁸⁸

Mais nos explica o autor agora supra citado que por detrás desta ideia de subtração da essência do ser para posterior reconhecimento e aplicação das normas de um Dever-ser justos existe uma lógica que assenta no seguinte facto: Se sabemos que toda a Natureza tem uma essência finalista, isto é, resulta da relação causa-efeito então é compreensível que todo o Direito que se intitule de Natural descenda ou tenha um parentesco comum com as regras da Natureza, já que também as normas do Direito tendem para atingir um fim, são normas do Dever-ser. Por isso explica Kelsen: “*se a natureza é interpretada como um todo ordenado com uma finalidade, se se presume uma ordenação finalista imanente na natureza, a doutrina do direito natural assume um carácter teleológico. Ora uma interpretação teleológica da natureza apenas terminologicamente difere de uma interpretação normativa. [por isso, conclui] Fim em sentido objectivo é: o que deve ser realizado. Fim neste sentido: o que uma norma põe como devido (devendo ser).*”¹⁸⁹

¹⁸⁷ CHORÃO - cit.176, p.187

¹⁸⁸ KELSEN - cit.59, p.102

¹⁸⁹ KELSEN - cit.59, p.104

Adepto de uma doutrina que o próprio apelida de “*realismo ético de inspiração tomista*”, Bigotte Chorão afirma a sua posição jusnaturalista assente nos seguintes critérios: “*Deus é o fim último da vida humana e garantia da felicidade plena (eudemonismo teocêntrico), e representa o critério supremo da moralidade.*”¹⁹⁰.

Por isso, qualquer comportamento dos homens que se encontram sob o comando de uma norma, seja ela jurídica ou de qualquer outra espécie, resulta de uma conjugação de fatores que unem a realidade humana ou natural à realidade espiritual ou religiosa. Como nos explica o autor, é com base nas “*res divinae atque humanae*” que se justifica todo o comportamento humano.

Neste sentido, compreendemos que esta forma de conceber o Direito Natural revela contornos religiosos no âmbito da problemática do direito Natural e isso leva-nos a questionar se será legítimo rodearmo-nos de tais considerações para a solução da questão? Obviamente que a consideração dos valores religiosos no seio do problema do Direito Natural é pertinente e tem todo o interesse em ser abordada, desde logo, devido ao facto de o seu ressurgimento pós-período clássico ter-se dado, precisamente, em contexto de forte influência religiosa.

A este propósito elucida-nos o autor Inocêncio Galvão Teles: “*A tradição jusnaturalista veio a reatar-se dentro da visão do mundo anunciada por Cristo. Era aí que ela encontrava o seu ambiente mais adequado e aí atingiu a sua expressão mais alta.*”¹⁹¹. Entre os seus precursores, encontramos Santo Agostinho e S. Tomás de Aquino que, como o próprio Galvão Teles apelida, são os “*arquitectos das mais importantes construções do pensamento filosófico medieval*”. E foi precisamente com S. Tomás de Aquino que “*a filosofia aristotélica, revista à luz do cristianismo, penetrou e se integrou, como substância importantíssima, na evolução do pensamento ocidental.*”¹⁹². Portanto, temos mais do que suficientes razões para aceitar como válidos argumentos que recorrem ao inter-relacionamento dos conceitos religiosos e jurídicos.

Igualmente neste sentido nos mostra Hans Kelsen como a base do Direito Natural está tradicionalmente assente em conceitos religiosos: “*Serve isto para esclarecer que tal concepção tem uma origem metafísico-religiosa, que ela radica na ideia de que a natureza foi criada por uma autoridade transcendente que incorpora em si o valor moral absoluto ou de que o acontecer fáctico da realidade é dirigido por esta autoridade, de que, se a natureza*

¹⁹⁰ CHORÃO, Mário Bigotte – *Aproximação ao Realismo Jurídico - Direito Natural, Religiões e Culturas* – I Congresso Internacional de Direito Natural- Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p.39

¹⁹¹ TELES, Inocêncio Galvão – *Introdução ao Estudo do Direito*, vol.II, p.107

¹⁹² TELES, *Introdução ao Estudo...*, p.108

está sujeita a leis, estas leis são ordens da autoridade transcendente e, portanto, normas – visão esta que, especialmente, está na base da teologia cristã.”¹⁹³

Resta saber se essa influência aristotélica trazida pelos ensinamentos católicos se encontrará ainda em vigor para as considerações atuais do Direito Natural e do Direito positivo? A resposta à presente questão só pode variar consoante a opinião dos autores. E responder a esta questão implicaria definir, ou, pelo menos, desenhar os traços para a conceção do Direito Natural, algo que, já de si seria precipitado. Neste sentido, Paulo Ferreira da Cunha esclarece-nos: *“Se a definição é um tipo de paradigma próprio dos positivistas, os seus opositores, a que chamaremos ainda, sem rigor e por sinédoque, comodidade e tradição histórica, jusnaturalistas, desconfiam normalmente da camisa de forças das definições (definir é sempre pôr um fim a alguma coisa, limitar algo).*”¹⁹⁴

Contudo, e apesar da legítima indefinição do Direito Natural, podemos nós deixar aqui presente a ideia de que é certo que o Legado de Ulpiano, tão fundamental para a construção da Justiça clássica e contemporânea, e que está bem patente na teoria que Bigotte Chorão defende, parece ter também toda a pertinência de ser aplicado à atual conceção que fazemos do Direito, desde logo, *“Porque os jusnaturalistas, e sobretudo aqueles que, de entre eles, se reclamam do realismo clássico [...] continuam muito ligados às fontes primeiras da arte jurídica: o pensamento e a acção dos romanos[...].”*¹⁹⁵

De resto, a este propósito poderíamos bem lembrar o que já nos dizia João de Castro Mendes: *“A regra **não matarás** é uma norma jurídica, moral e das mais diversas religiões.*”¹⁹⁶

Relativizando então a problemática da influência dos critérios de ponderação religiosos do Direito Natural, confirmamos como Bigotte Chorão se opõe à ideia de que os valores do Direito se formem somente a partir do inter-relacionamento dos Homens. E esta não corresponde, de todo, à verdadeira essência do Direito Natural que Bigotte Chorão defenderia. A verdadeira “natureza” do Direito deve exclusivamente ser buscada no “Homem” e através do Homem, isto é, através da sua própria natureza. Como afirma Braz Teixeira a respeito do pensamento de Bigotte Chorão: *“nota o pensador que o direito, ontologicamente*

¹⁹³ KELSEN - cit.59, p.104

¹⁹⁴ CUNHA - cit.35, p.121

¹⁹⁵ CUNHA - cit.35, p.122

¹⁹⁶ MENDES, João de Castro - *Introdução ao Estudo do Direito* – Edição revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa, p.27

considerado, encontra a sua razão de constitutiva fundamental na estrutura ontológica do homem”.¹⁹⁷

Vemos agora como se opõe Bigotte Chorão às concepções aqui apontadas de Castanheira Neves e de F. José de Bronze e do conceito de “*comunidade de comunicação ideal*” que ambos defendem. Para Mário Bigotte Chorão, o Direito Natural assenta, essencialmente, em concepções de carácter personalista.

De facto, entre as suas propostas para uma visão de futuro para o Direito Natural, Bigotte Chorão propõe-nos uma teoria que adota a concepção personalista do direito da qual retiramos, como diz, o melhor princípio ordenador do conceito do Direito, senão note-se: “*Na verdade, ela [o autor refere-se àquilo que designa por “concepção marcadamente personalista”] pretende centrar no conceito e na eminente dignidade da pessoa humana o significado da ordem jurídica. Esta fundamenta-se [...] na natureza humana e destina-se a contribuir para o aperfeiçoamento do homem na vida social. São os fins essenciais da pessoa que servem de base à determinação do núcleo de direitos e deveres naturais (e fundamentais), eixo em torno do qual gira todo o sistema jurídico.*” E é ainda a este princípio personalista que também a Justiça vai colher os seus últimos ensinamentos, como afirma: “*O personalismo jurídico, devidamente cimentado numa correcta antropologia filosófica, apresenta-se como uma via propícia ao discernimento do sentido e conteúdo da justiça, nas suas várias formas (distributivas, geral e comutativa), capaz de superar tanto os desvios individualistas, como os colectivistas.*”¹⁹⁸

No entanto, e não obstante a forte influência que a teoria clássica do Direito Natural tenha vindo a colher ao longo de todos estes séculos que nos separam do seu nascimento, o que é facto é que muitos autores têm manifestado, paralelamente ao seu desenvolvimento, uma acérrima oposição à ideia fundamental que a sustenta: a ideia que do Ser resulte o Dever Ser.

Desde logo, o próprio Hans Kelsen, positivista nato mas que não deixou de reconhecer a forte influência que a teoria do Direito Natural veio a exercer no campo de ação do Direito. Neste sentido, afirma: “*não pode ser negado que a concepção segundo a qual valor e realidade estão por qualquer forma essencialmente ligados entre si, especialmente a concepção de que o valor é imanente à realidade, é antiquíssima e ainda hoje se encontra*

¹⁹⁷ TEIXEIRA - cit.8, p.235

¹⁹⁸ CHORÃO - cit. 176, p.63

muito espalhada”¹⁹⁹. No entanto, nega, peremptoriamente, os seus princípios, desde logo, pela enorme impossibilidade lógica que os acompanha e que o leva a afirmar a também a “*supérflua existência*”, como confirmamos agora: “*Se se admite que as pulsões observadas no homem são a «natureza» do homem e são, portanto, naturais, se se conclui da existência de uma pulsão para uma norma por força da qual os homens se devem conduzir tal como se conduzem determinados por esta pulsão, uma tal norma começa logo por ser supérflua.*”²⁰⁰.

Contra todas as teorias que defendem que o argumento que retira do “Ser” a fundamentação do “Dever-ser” não é possível de ser inferido, Bigotte Chorão deixa a seguinte provocação: “*É muito revelador confrontar com a concepção personalista do realismo clássico – as suas razões e resultados – aquelas teses que: entendem preferível eliminar o conceito de pessoa do campo bioético e biojurídico [...] chegando, por vezes, ao extremo de fazer depender o reconhecimento da identidade pessoal do ser humano da decisão de certas pessoas ou da sociedade; se recusam a basear na realidade da pessoa humana (ser) a norma do tratamento bioético e biojurídico (dever ser), com o despropositado apelo à “lei de Hume”[...]*”²⁰¹ É, de facto, com base nestas normas que mais diretamente dizem respeito à condição de ser humano que Bigotte Chorão fundamenta e justifica toda a norma de Direito. O Direito Natural de carácter personalista representa, deste modo, a base de criação das normas do Direito Positivo. E o “*biojurídico*” é o campo de ações e considerações que, como agora concluímos, leva o autor a considerar indispensável a relação entre a realidade do Direito e a realidade da Natureza. Neste sentido, afirma: “*O debate bioético e biojurídico, deve reconhecer-se, tem constituído uma boa oportunidade para testar as grandes opções éticas e jurídicas [...] para rever conceitos e métodos e para despertar alguns juristas do sono dogmático e positivista em que estavam mergulhados.*”²⁰².

Por outro lado, e para terminar este período de diferentes abordagens concebidas para a temática do Direito Natural, verificamos que outros autores optam por descentralizar o problema do Direito Natural das suas tradicionais aceções naturalistas. A este propósito, seria interessante trazer à colação o que nos diz Orlando Vitorino sobre os valores do Direito, já que, segundo este autor, a verdadeira problemática do Direito Natural seria muito menos

¹⁹⁹ KELSEN - cit.59, p.104

²⁰⁰ KELSEN - cit.59, p.109

²⁰¹ CHORÃO, cit.190, p.44

²⁰² CHORÃO, cit.190, pp.43-44

identificável com esta diferenciação que se estabelece entre os valores particulares e universais do que com o problema da efetividade dos valores jurídicos.

Diríamos que o que Orlando Vitorino reclamaria para a problemática em questão coincidiria mais com a sustentabilidade física dos valores do que com as eventuais considerações ontológicas do Direito Natural. A este respeito, talvez se chegasse à consideração de que todas as concepções do Direito Natural se revelassem úteis à compreensão do Direito em si, contudo, o que realmente importaria seria, sem dúvida, confirmar a atualidade ou a necessidades da aplicação dos valores do Direito Natural no seio da realidade jurídica. Como afirmava: *“Quando os juristas evocam, perante eticistas, teólogos e filósofos, a exigência de realidade que dizem ser a condição do Direito, não é de realidade que em rigor se trata, mas de efectividade.”*²⁰³. Compreenderíamos melhor esta perspetiva se atentássemos um pouco mais nas suas palavras: *“Sem a efectividade jurídica, as acções humanas ficariam suspensas das motivações, que são o domínio da Ética e da Filosofia, e os efeitos em que as acções se objectivam e fixam ficariam misturados na desordenada e imprevisível confusão das consequências, teriam a brutalidade irreversível e abominável dos eventos e factos naturais.”*²⁰⁴

Ora, precisamente, é porque lermos agora os excertos que nos traz Orlando Vitorino que imediatamente percebemos a urgência de falarmos da *“natureza das coisas”*, o qual não deixa de ser tema de assunto tratado na obra de Bigotte Chorão.

1.3 – A *“Natureza das Coisas”*

Como já havíamos confirmado no início do estudo da obra de Bigotte Chorão, é pela análise do conceito da *“natureza das coisas”* que talvez possamos encontrar o mais decisivo critério para a compreensão do verdadeiro sentido do Direito. E se confirmamos também que esse mesmo critério é em tudo condizente e dependente da realidade objetiva e concreta de que o sistema jurídico se ocupa, então, não há porque afastar das nossas conceptualizações do Direito aquela relação de perfeita simbiose entre o que é natural e certo e o que, por outro lado, pertence ao domínio do positivo ou contingente. Pelo menos, é esta a teoria que parece defender Bigotte Chorão.

Assim, em relação à doutrina da *“natureza das coisas”*, defende Bigotte Chorão o seguinte: *“Em síntese, pretende-se com ela evitar os perigos do subjectivismo e da*

²⁰³ VITORINO - cit.172, p.227

²⁰⁴ VITORINO - cit.172, p.228

arbitrariedade da lei, exigindo o respeito de uma ordem ou legalidade objectiva imanente na realidade.”²⁰⁵

Neste sentido, já Álvaro Ribeiro nos mostrava como os valores do Direito se deveriam aferir pelo correspondente significado que estes tivessem na realidade. Como dizia, “*A palavra crime, que não pertence propriamente ao vocabulário jurídico, significa apenas o estímulo mais forte para uma reacção moral. O significado daquela palavra está, como se costuma dizer, carregado de afectividade, e é portanto susceptível de variação ao longo dos tempos.*”²⁰⁶. A este propósito, Álvaro Ribeiro permite-nos compreender que o que é sujeito a variação é o sentimento associado ao crime, não a ideia de que o conceito de crime está associado ao sentimento. É preciso, pois, decifrar bem o que é que, afinal, faz parte do conteúdo universal e permanente, e que, neste caso específico, corresponde à ideia de que a punição depende de um sentimento de punibilidade. Contudo, é necessário, por outro lado, não esquecer que esse sentimento é variável consoante as mentalidades, pelo que a pena que acompanha o crime está dependente do sentimento que no momento da sua aplicação lhe estiver associado. Álvaro Ribeiro alerta-nos, pois, para a importância de atender ao significado que os conceitos visam traduzir, pois nele está contida uma boa parte do sentido para que o Direito deve estar disposto, facto que garante a eficaz interpretação do seu ordenamento.

Retomando à tese da “*natureza das coisas*”, a seu respeito diz-nos Braz Teixeira o seguinte: “*a doutrina actual da natureza das coisas refere-se às relações da vida, ao sentido axiológico-normativo dos seres que compõem o mundo intersubjectivo da conduta humana e ao princípio ou ordem estrutural imanente desse mesmo mundo, a cujo conhecimento se ascende de um modo empírico, indutivo e histórico-evolutivo e que na acção do juiz encontra a sua mais significativa expressão*”²⁰⁷.

No entanto, para a consideração de alguns autores, nem mesmo esta teoria parece ser suficientemente eficaz para a procura dos verdadeiros fins do Direito. Como nos mostra Braz Teixeira, a teoria da “*natureza das coisas*” parece constituir-se para os seus opositores um critério ainda limitado. Neste sentido, afirma-se ainda: “*a natureza das coisas é uma realidade espiritual e não empírica, algo que depende de uma atitude espiritual-valorativa*

²⁰⁵ CHORÃO - cit. 176, p.165

²⁰⁶ RIBEIRO, Álvaro – *A Razão Animada*. Apud TEIXEIRA, António Braz - *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, p.215

²⁰⁷ TEIXEIRA - cit.180, p.205

perante a realidade, servindo apenas para marcar determinados limites imperativos, a mais das vezes de índole negativa, que o Direito não poderá deixar de respeitar.”²⁰⁸.

Assumindo esta mesma realidade como evidente, mas de modo nenhum oposto ao valor da presença da “natureza das coisas” no mundo jurídico, Paulo Ferreira da Cunha mostra-nos os perigos em que incorre o Direito Natural e as suas máximas formas de expressão. Esquecido mas não vencido, pelo positivismo jurídico, o Direito Natural encontra-se fragilizado como nos conta no seguinte excerto: *“o maior adversário de uma teoria – já o viu, em sede geral, o filósofo das ciências Thomas Kuhn e no Direito viu-o o jusfilósofo e penalista Hassamer – não é a antítese ou a contradição dessa teoria. É o manto de esquecimento que sobre ela paira. Ora com o Direito Natural ocorre precisamente esses fenómenos: o jusnaturalismo não foi refutado triunfalmente nem pelo juspositivismo nem por qualquer mescla filosófico-sociológico-politicamente-correta.”²⁰⁹.*

Mas então o que devemos nós concluir a propósito da teoria de Bigotte Chorão? Deveremos aceitar como válida uma teoria cujos grandes princípios parecem estar limitados, nas palavras de Braz Teixeira, ou esquecidos nas palavras de P. Ferreira da Cunha do campo de realização normativa do Direito?

Se lermos a obra que Rogério Ehrhardt Soares nos deixou já em meados do século passado compreendemos que esta possibilidade de encararmos a estrutura normativa jurídica assente em princípios ou valores que se mantém muito para além das suas condicionantes reais, constitui-se, desde logo, num pressuposto a salvaguardar constitucionalmente. Da importância das condicionantes histórico-sociais para a determinação dos valores constitucionais, afirma: *“Esta atenção para com a realidade não significa, porém, uma capitulação. Dizer que a constituição não é independente dos dados históricos concretos do seu tempo, não significa que ela seja pura e simplesmente dependente deles. Se não se deseja conduzir a uma dissolução do valor da constituição, tem de aceitar-se que há limites para esta influência da realidade política sobre o sentido material-constitucional. E esses limites são postos pelo sistema de valores fundamentais da constituição, que têm de conservar um sentido normativo.”²¹⁰*

De facto, confirmar como este problema do Direito pode ser prospetivável através da Constituição pode constituir uma mais-valia ao tema que nos propomos estudar, muito

²⁰⁸ TEIXEIRA - cit.180, pp.205-206

²⁰⁹ CUNHA - cit.35 p.125

²¹⁰ SOARES, Rogério Ehrhardt – *Direito público e sociedade técnica*, p.41

embora, o seu tratamento exija muitos e variados desenvolvimentos. Por agora, devemos reter apenas o seguinte:

Sem dúvida que o sistema constitucional é “guardião” dos mais fundamentais direitos dos cidadãos, e, por isso, muitos dos seus artigos acabam por enunciar a presença dos valores e aspirações dos povos, confirmando-se assim, e através de uma Constituição que se quer também material, tudo aquilo que temos vindo aqui a falar.

Mantendo-nos sob a perspetiva de Rogério Soares, e não obstante a mesma ter sido formulada para um contexto constitucional anterior ao nosso, pois não esqueçamos que a primeira edição da obra sob que nos debruçamos data do ano de 1969, e, por isso, contextualizada numa época que ainda procurava o reconhecimento e a defesa dos fundamentais direitos dos homens, preteridos com os efeitos nefastos das duas guerras mundiais, não devemos ignorar, no entanto, que a mesma parece mostrar-se bastante útil aos atuais problemas interpretativos da Constituição, tanto mais, que a garantia do respeito pelos direitos fundamentais encontra-se sempre em sobressalto, como bem sabemos.

Nesta linha de considerações, quer-nos parecer que o ideal de uma Constituição para Rogério Soares haveria de passar por um reconhecimento de um Direito Natural em comunhão com as condicionantes histórico-temporais. Ora se, como nos explica Gomes Canotilho, “*A tendência dominante, nos aspectos filosóficos, políticos e jurídicos, foi para procurar arrimo em pontos de segurança transcendentais, recuperando as velhas ideias jusnaturalistas.*”, - isto ainda para colmatar os efeitos mais nefastos de um positivismo legalista do pós-guerra - tal não pareceu ter sido suficiente para a consideração de Rogério Soares acerca dos reais problemas da realidade constitucional. Para além desse “*insistente e obsessivo discurso em torno da ética material de valores.*”²¹¹, como nos explica Gomes Canotilho, na conceção de Rogério Soares, a grande reforma do Direito Constitucional da altura teria que passar necessariamente pela criação de um “*sistema de valores fundamentais*” de “*sentido normativo*”, ou seja, reconhecer a existência desses valores fundamentais também pela forma imperativa, o que passaria pelo reconhecimento desses valores através da Constituição formal.

Mas este sistema normativo de valores, como também nota Gomes Canotilho, não representa, ainda nas palavras de Rogério Soares, uma “*espécie de criptojusnaturalismo com um sistema fechado a funcionar segundo leis próprias*”.²¹². Como comenta o próprio: “*falar*

²¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes In SOARES, Rogério Ehrhardt – *Direito público e sociedade técnica*, pp.14-15

²¹² SOARES - cit.210, p.41

em sistema de valores não significa que o intérprete deva representar-se, ouvir as trombetas dos arcanjos. Eles podem com frequência ter o sentido mais modesto de princípios jurídicos, ou bens políticos, e aí têm lugar até os simples compromissos.”²¹³

Neste mesmo sentido, Paulo Ferreira da Cunha esclarece-nos que devem estabelecer-se limites a este reconhecimento da materialidade constitucional, e, como diz, *“Nas coisas humanas, sociais, o núcleo de coisas que Aristóteles simbolicamente elegeu com indiscutíveis está a recuar.*”²¹⁴

No entanto, e não esquecendo que para este autor *“Invocar a constituição material pode ser acto prometeico, ou pior, encanto de aprendiz de feiticeiro que conjura forças que é incapaz de dominar.*”²¹⁵, o que parece não deixar de ser verdade, também, é que a Constituição representa uma das vias de representação atual do Direito Natural. Outra delas são os direitos humanos e outra ainda a teoria da Justiça.²¹⁶ Por isso a par daquele recuo nas considerações pelas *“coisas humanas”* verifica-se uma intensificação dos valores éticos constitucionais. Neste sentido afirma: *“[...] toda a Constituição materialmente constitucional está no topo da pirâmide. Mas o vértice mais agudo é ocupado pelo mais essencial nessa mesma Constituição. Será, assim, a ética constitucional o mais relevante de tudo. No caso da nossa Constituição, esse núcleo ético constitucional é uma Ética Republicana. A qual se analisará em valores, no plano objectivo, e em virtudes, no plano subjectivo.*”²¹⁷

“Uma constituição viva requer conceitos vivos”, pelo que a constante atualização dos conceitos é essencial, e, assim, *“Também a ética, disciplina normativa como o Direito, se faz de conceitos que se fazem vivências.”* No entanto, também não devemos ignorar que os valores não são os únicos dependentes nesta relação, também a realidade concreta e vivida depende dos valores. Assim, *“Não esqueçamos o que, a propósito da História, considerava Heidegger. Ela não seria nada mais que “realização de valores”. E os valores são ainda objectivos e absolutos, independentemente dos sujeitos, mas precisando dos sujeitos para poderem ser vividos. São assim trasindividuais, e universais. Embora essa universalidade se encontre também à prova do desafio multicultural, nos nossos dias.*”²¹⁸

²¹³ SORES - cit.210, p.42

²¹⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da – *Direito Constitucional Geral*, p.134

²¹⁵ CUNHA - cit. 214, p.137

²¹⁶ CUNHA - cit.9, pp.706-707

²¹⁷ CUNHA - cit.9, p.140

²¹⁸ CUNHA - cit.9, p.153

Parece-nos agora que aquele ideal de que nos falava há pouco Bigotte Chorão de uma “*natureza das coisas*” que alia o contexto histórico-social aos ideais de um Direito Natural de carácter universal não nega, não obstante todas as divergências legitimamente verificáveis, a afirmação de uma realidade para a qual Rogério Ehrhardt Soares e Paulo Ferreira da Cunha nos remetem igualmente, daí a atualidade do seu conceito.

No entanto, um estudo mais aprofundado mostra-nos que a “*natureza das coisas*”, afinal, parte de um conceito que defende o princípio da Liberdade como o princípio ordenador de todas as realizações do Homem, como nos explica Rogério Soares: “*Partindo da ideia da existência duma ordem natural no domínio económico, com um carácter eterno e imutável como a do mundo físico, os fisiocratas indicam ao soberano o encargo de se informar dos princípios que decorrem da «natureza das coisas» para impor a sua obediência. O governante deve muito menos fazer a lei do que declará-la. Não é a tirania do arbítrio, mas o soberano está, também ele, sujeito a leis que não pode transgredir sob pena de lançar os súbditos na desgraça.*”²¹⁹.

Isto levar-nos-ia a ponderar se o pressuposto de que parte Bigotte Chorão e que afasta o conceito do Direito do princípio da Liberdade se encontra erradamente formulado, já que o autor, ao mesmo tempo que o concebe, toma como válido para o Direito o critério da “*natureza das coisas*”, assente este no princípio da Liberdade, como acabámos de constatar. Parece haver aqui, de facto, uma contradição. Vejamos como poderíamos solucionar a questão.

Como nos explica Paulo Ferreira da Cunha, “*defender a permanência dos valores do liberalismo clássico, enquadrados pela teoria dos valores e da ordem dos valores, e devidamente metamorfoseados pelas aportações das demais teorizações que se revelarem generosas, não é um sincretismo social-liberal ou liberal-social sem especificidade, antes a tarefa da dialética dos tempos hodiernos e a exigência de um múltiplo enfoque para esta realidade mutável, vária e quantas vezes fugidia [...]*”²²⁰. Isto significa que para uma verdadeira teoria do Direito, se exige uma atitude dinâmica perfeitamente identificável com a teoria clássica do liberalismo que defenderia o “*livre desenvolvimento da personalidade de cada um, mediante o reconhecimento de uma esfera pessoal livre da influência do Estado*”²²¹. No entanto, esta teoria seria, também ela, empenhada no respeito por valores determinados independentemente das variações volitivas dos seus titulares, o que caracterizaria uma

²¹⁹ SOARES - cit.210, pp. 52-53

²²⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da – *Teoria da Constituição II – Direitos Humanos. Direito Fundamentais*, p.87

²²¹ CUNHA - cit. 220, p.76

verdadeira “*teoria dos valores e da ordem dos valores*”, para usar novamente a expressão do autor.

Por isso, e como conclui Paulo Ferreira da Cunha: “*o que determina a própria existência dos direitos não é a mera relação de forças na sociedade, nem o Estado de bem-estar, nem a construção de uma utopia, etc., etc... Parte-se antes da ideia de que os direitos fundamentais são frutos positivos de valores (suprapositivos). Os direitos passam assim a não ser livres (como na teoria liberal), nem vinculados apenas socialmente (como nas demais), mas determinados previamente enquanto valores positivados, e, conseqüentemente, também na sua vivência, e interpretação/aplicação o simples desejo ou vontade individual deve ceder ante a realização do valor.*”²²²

Relembremos agora o conceito de Rogério Soares acerca da necessidade de revigorar as considerações do estado de Direito num período que, como já referimos, tem como essenciais preocupações conseguir o restabelecimento da defesa dos valores fundamentais. Afirma este autor que a defesa desses valores só pode provir de uma liberdade social e não individual: “*Não se trata tanto da liberdade do indivíduo isoladamente considerado, como da liberdade do homem socialmente ordenado. Não é a liberdade do puro-arbítrio, nem aquela que precisa duma explicação teórica do estilo do contrato social.*”²²³, e porque, afinal, o objetivo da burguesia seria o de: “*furtar a sociedade a todo o domínio, porque o «domínio da lei» não é de homens, mas da ordem natural*”²²⁴, como nos mostra também Rogério Soares, talvez o princípio que dela nasceu e que se compatibilizou com essa “*natureza das coisas*”, não traduza, afinal, um princípio de Liberdade contrário ao que Bigotte Chorão defenderia.

Na origem do Estado de Direito que já defenderia Rogério Ehrhardt Soares, o princípio da Liberdade parecia estar limitado por essa preocupação de salvaguardar o Homem dos perigos causados pela sua própria liberdade. Mas, como vimos também, afinal, deve haver sempre lugar para a defesa de um ideal burguês que procure, acima de tudo, descobrir e identificar, ainda que por via da defesa do princípio da Liberdade, a independência a que nenhum homem deve ser negada.

Por tudo isto se conclui, afinal, não haver lugar para as críticas que se apresentam contra um ideal de Direito formado com base no princípio da “*natureza das coisas*”, visto que, o mesmo parece estar na origem, não só, dos fundamentos que dão estrutura e razão de ser ao

²²² CUNHA - cit. 220, p.81

²²³ SOARES - cit.210, p.148

²²⁴ SOARES - cit.210, p. 63

sistema legislativo do Direito, nomeadamente, do Direito Constitucional, como ainda percebemos, acima de tudo, que esse princípio da “natureza das coisas”, afinal, nada mais traduz do que a própria realidade jurídica.

Seguindo este pressuposto concluiríamos que o fim da “*natureza das coisas*” implicaria o fim do próprio Direito, cenário possível mas não desejável para todos aqueles que querem descobrir o mais bem conseguido propósito do Direito.

Finalizado este tema, falemos de novas formas de reconhecer as relações que o Direito estabelece com as normativas da Ética, falemos, finalmente, do problema da Justiça.

1.4 – “*A Virtude da Justiça*”

A respeito do tratamento da Justiça devemos notar como o destaque que Bigotte Chorão concede à proveniência ética da Justiça muito se deve à relação que esta estabelece com os preceitos do Direito Natural, pelo que os melhores desenvolvimentos dos seus aspectos devem ser discutidos em relação com o Direito Natural. Mas como este acabou de ser desenvolvido no capítulo anterior, cabe-nos agora falar somente dos aspectos individualizados da Justiça perspectivados por Bigotte Chorão.

Neste sentido, e como afirma o autor: “*A justiça, enquanto virtude moral, implica, naturalmente, que o ato material de cumprimento do débito seja o resultado da intenção de o realizar*”; no entanto, não devemos ignorar que esta designação corresponde a apenas uma das duas e diferentes formas de manifestação da Justiça. Outra há que apenas se basta com o chamado “*justo objectivo*” para a qual o critério da intenção nada releva. Por isso, em complemento da afirmação anterior, acrescenta: “*importa recordar a possibilidade, já referida anteriormente, de que se realize o justo objectivo (dikaion, ius ou instum), quaisquer que sejam as motivações do sujeito, isto é, mesmo que ele não seja um homem justo (dikaios, iustus), dotado da virtude da justiça (dikaiosune, iustitia).*”²²⁵.

Não obstante este facto, compreendemos, como anteriormente já fizemos referência, que na conceção de Bigotte Chorão, uma justiça que só um dos elementos comporte, apresentar-se-á sempre como uma “justiça imperfeita”. Neste sentido recordemos o conceito de «*amoralidade subjectiva do direito*» de G. Graneris e vejamos como a ele se opõe vivamente Bigotte Chorão em nome do valor máximo da Justiça. A este conceito faremos uma referência mais alongada já no próximo capítulo, por agora, fica apenas a seguinte consideração: De facto, não é porque, na prática, se verifique a possibilidade de realização de uma Justiça sem

²²⁵ CHORÃO - cit. 176, p.83

virtude que esta constitua a normalidade da Justiça e do Direito, “*nem por isso deixa o direito de ter na sua base uma exigência ética de justiça, cujo sentido se esclarece fundamentalmente à luz da doutrina da virtude da justiça*”²²⁶, conforme afirma Bigotte Chorão.

A propósito deste assunto, se atentarmos na definição daquilo que o autor entende por “*virtude moral*”, com facilidade, nos lembramos do conceito que sustenta a atual definição de Justiça, sobre a qual assenta todo o sistema jurídico. Por “*virtude moral*” entende Bigotte Chorão o “*hábito de dar a cada um o que é seu; o valor social da atribuição objectiva, a cada um, daquilo que lhe é devido.*”²²⁷.

Posto isto, devemos concluir, agora nas palavras de Bigotte Chorão, que o Direito, tal como a Justiça, devem ser interpretados à luz de um princípio que garanta, acima de tudo, o respeito pela eminente dignidade da pessoa, facto que faz voltar todo o sistema jurídico para a realização das importantes considerações éticas que compõem a realidade humana. As melhores considerações desta realidade devem ser remetidas para o tratamento do conceito de Direito Natural, conforme já referimos.

Por isso, e se defendemos, como vimos aqui Bigotte Chorão defender, um ordenamento jurídico natural, de conteúdo axiológico universal e personalista como princípio ordenador de um sistema de comandos positivo, pois, “*de um modo geral, é todo o ordenamento jurídico que deve interpretar-se à luz do justo natural e dos direitos naturais*”²²⁸, então, só nos resta concluir a indissociável relação entre o Direito e um sistema normativo nitidamente ético, relacionamento esse que tem a Justiça como seu melhor representante.

Capítulo II - Critério de Distinção:

O “*Primado da Moral*”

Relembre-se neste momento que deixámos para o fim o reconhecimento prático das relações que o Direito estabelece com as normativas da Moral, porque somente a este nível se justifica afirmar uma verdadeira diferença a estabelecer. Relativamente a esta questão, Bigotte Chorão é perentório na afirmação de uma relação de distinção entre o Direito e a Moral, no entanto, não nega o autor a presença evidente da interdependência entre as normativas. Como nos diz: “*Abreviadamente, cabe dizer que entre o direito e a moral não existe separação*

²²⁶ CHORÃO - cit. 176, p.84

²²⁷ CHORÃO - cit. 176, p.76

²²⁸ CHORÃO - cit. 176, p.150

absoluta, nem identificação; são ordens normativas distintas, mas intimamente relacionadas, subordinando-se a ordem jurídica à moral.”²²⁹

Relativamente aos critérios de distinção apontados às normativas, vamos apenas fazer referência apenas aos mais importantes e que mais diretamente permitam compreender os termos dessa mesma separação. Começemos pelo mais falado entre os autores e que é mais conhecido pelo critério do “mínimo ético”.

Não obstante já a ele termos feito referência, lembre-se que o critério do “mínimo ético” assenta na ideia de que o Direito transporta, através das suas normas, um certo conteúdo ético.

O autor reconhece a importância das normas morais no sistema jurídico, nomeadamente, reconhece que as mesmas ganham eficácia coativa através do Direito. Neste sentido, note-se que o inverso disto mesmo também acontece, pois se se faz uso da força para impor normas morais, como agora vemos, também acontece, por vezes, a Moral apresentar-se como o fundamento que dá “força” ao carácter coativo do Direito. Como afirma Bigotte Chorão neste sentido: *“deve todavia, advertir-se que a coercibilidade não existe só enquanto (na medida em que) regulada pelo direito positivo. Mesmo na hipótese de não estarem preestabelecidos na lei positiva meios de tutela coerciva, não deixa de verificar-se a possibilidade moral de recorrer à força, com base no direito natural (coação natural), de usar, por exemplo, a legítima defesa para preservação do direito à vida.”*²³⁰

No entanto, para o mesmo autor isto não significa que o Direito se confunda com a Moral, como concluímos do raciocínio que retomamos aqui do autor: *“Mesmo quando se verifica o referido fenómeno, coincidindo no seu conteúdo normas morais e jurídicas, não deixa de manter-se a distinção [...] das duas ordens normativas.”*²³¹ A prova dessa mesma distinção assenta, essencialmente, nos restantes critérios de distinção que de seguida se enunciam sumariamente.

Um dos mais importantes critérios da distinção para a relação entre as normativas jurídicas e morais assenta na razão de ser ou nos propósitos das diferentes normativas. É do critério teleológico que agora falamos e o autor reconhece-o sem subterfúgios. À Moral interessa muito mais o *“aperfeiçoamento pessoal”*, como diz. Confirma-mos, de resto, como o Direito se separa fundamentalmente da Moral. Orientado como está para as *“condutas sociais”*, e apesar das múltiplas considerações morais que surjam eventualmente em contexto

²²⁹ CHORÃO - cit. 176, p.196

²³⁰ CHORÃO - cit. 176, p.119-120

²³¹ CHORÃO - cit. 176, p.201

das relações sociais, o propósito ou finalidade última do Direito não é discipliná-las, muito embora, por consequência daquela influência, acabe por traduzi-las.

Outro dos comentados critérios da distinção entre o Direito e a Moral, e que Bigotte Chorão dá o nome de “*critério da perspectiva*”, relata-nos a diferença existente entre o Direito e a Moral com base na tendencial exterioridade da conduta do sujeito do Direito, contraposta à quase sempre permanente interioridade que marca as condutas morais. Apelidamos de “tendencial” a primeira porque, como nos esclarece o autor, o princípio é o de não traduzir a intenção do agente, muito embora, ela possa ocorrer. Apesar de já termos falado aqui deste critério, ficam as considerações de Bigotte Chorão que nos permitem concluir o que já havíamos referido.

Se é verdade que, como diz Bigotte Chorão, subsiste uma certa “*amoralidade subjectiva do direito*” explicada nos termos que já vimos, mas que traduz a ideia de que a eficaz aplicação das normas do Direito não depende da vontade dos sujeitos seus destinatários, então, só nos resta concluir que o primeiro critério, “o critério da perspectiva” ou o critério da exterioridade, nem por isso, é compatível com o verdadeiro sentido do Direito. Concluímos isto porque, se associamos este critério ao conceito de “*amoralidade subjectiva do direito*” teremos que concluir que aquele, tal como este, “*não visa a justiça na sua plenitude de virtude moral, mas se contenta apenas com uma justiça imperfeita) uma ordem segundo uma certa ou relativa justiça*”.²³²

Também por isto nós dizemos que o caráter da exterioridade do Direito é tendencial, pois, muitas vezes, e para bem da Justiça, ele atende aos aspetos interiores ou morais implícitos na realidade que visa disciplinar.

A terceira importante distinção que para Bigotte Chorão promove a separação entre o Direito e a Moral assenta no critério da imperatividade. Quanto a este, o autor expõe-nos o seguinte: “*Visando a perfeição pessoal do próprio destinatário, as normas morais são simplesmente imperativas (imperatividade pura e simples). Por seu turno, as normas jurídicas, destinando-se a regular as relações sociais segundo a justiça, pertencem ao campo da reciprocidade e têm um caráter imperativo - atributivo (imperatividade atributiva): não se limitam a impor deveres, mas reconhecem ou conferem os correlativos direitos.*”²³³. Ou seja, não obstante o caráter imperativo se apresentar como uma característica comum às diferentes normativas, verificamos como a imposição dos deveres apenas é certa para o caso das normas

²³² CHORÃO - cit. 176, p.84

²³³ CHORÃO - cit. 176, p.200-201

jurídicas, pois a esta acresce o direito de outros sujeitos, diferentes do obrigado, verem realizados aqueles deveres, ainda que coactivamente. Já no caso das normativas morais, a conduta que se exige está exclusivamente dependente da vontade do sujeito, pois não existem mecanismos morais que direta e eficazmente garantam aquela imposição.

Em jeito de conclusão, fiquemos apenas com a caracterização mais completa que Bigotte Chorão nos dá relativamente à relação entre as normativas da Moral e do Direito: *“Da tradição realista procedem indicações esclarecedoras que permitem distinguir, sem os separar (“distinguir pour unir”), direito, moral e política, e contribuem para estabelecer entre eles um correcto sistema de relações [...] O direito subordina-se à moral, mas sem que tenha que de assimilar todas as normas e deveres: não assume as exigências plenas da vida virtuosa, é compatível com um certo grau de “amoralidade subjectiva” inerente ao iustum imperfectum da ordem jurídica, e admite, inclusive, para a realização eficaz dos seus fins específicos, o recurso a meios coactivos.”*²³⁴

Assim concluída esta breve caracterização da relação que o Direito estabelece com a Moral, e não obstante não nos ser possível afirmar aqui, com base no pensamento de Bigotte Chorão, que exista uma verdadeira ordem jurídica moral, pois todas as diferenças apontadas nos indicam a evidente diferença ontológica que entre as normativas se estabelece, não parece, contudo, que o Direito se afaste, na sua grande maioria, da realidade das condutas morais. *“A unidade da ordem ética e o primado da moral”*, como afirma Bigotte Chorão, traduz, precisamente, o nome e a causa que motiva esta relação de dependência verificada entre as normativas em estudo.

Explica-nos, ainda, a este propósito o autor que o fundamento para esta união entre o Direito e a Moral se deve à existência de uma ordem ética que é superior mas também comum a ambas as normativas, daí a sua forte relação. A *“unidade ética”* que aqui se refere deve-se, pois, à identificação que entre os valores jurídicos e morais se estabelece, e que já confirmámos inicialmente. No entanto, parece que a Moral, como vimos, também na designação do autor, exerce uma posição de privilégio sobre o Direito. Neste sentido, afirma finalmente Bigotte Chorão: *“Embora distintas, estas duas normatividades não estão separadas, mas inserem-se ambas numa ordem ética reguladora da conduta. E dentro dessa*

²³⁴ CHORÃO - cit. 190, p.24

*ordem ética, atendendo à hierarquia dos fins visados – a perfeição última da pessoa humana e a ordem social justa -, a moral tem primazia sobre o direito.”*²³⁵

Síntese

Em jeito de conclusão diríamos que o estudo que acabámos de efetuar em torno da obra “*Introdução ao Direito*” tem o mérito de introduzir um dado importante e que não foi retratado por nós até agora, pelo menos, com a devida dedicação que merece: falamos, pois, da diferença que nos aponta Bigotte Chorão relativamente aos conceitos da Ética e da Moral.

Muito mais próximo das realidades éticas, em tudo se pode afirmar a indissociável relação que agora se acaba de estabelecer entre o Direito e a Ética. Já no que concerne à relação que o Direito assume com a Moral, vimos em que condições se deve limitar a afirmação dessa relação. Mas nem só neste aspeto fundamenta Bigotte Chorão a relação ética do Direito. Outras se revelaram igualmente inovadoras, relembramos, por isso, quais.

Se com Bigotte Chorão concordámos na afirmação de que o Direito não pode ser concebível segundo o princípio da Liberdade, - não, pelo menos, se o considerarmos como princípio ordenador, - é porque é necessário defender um conjunto de valores jurídicos que não deverão ceder perante a discricionariedade das vontades dos indivíduos, isto porque, ao que parece, são vontades que tendem para um certo relativismo ético, algo que, na conceção do autor, se revela indesejável ao universo jurídico. Daí a defesa de um Direito Natural abstraído ou desligado das condicionantes histórico-sociais; daí também o corte ideológico que traçamos entre as considerações de Bigotte Chorão e as dos demais anteriores autores estudados.

Apesar das divergências entre eles se apresentar evidente, parece-nos que é importante abordar as diferenças ideológicas que se instalam entre as suas conceções, nomeadamente, para compreender, como acabámos de verificar, que os valores do Direito Natural podem elencar os valores de um qualquer Direito positivo sem que com estes se confundam ou sem que deles dependam.

E tudo isto porque, como já dissemos várias vezes, é necessário garantir o eminente respeito pela “dignidade humana”, garantindo, também, a certeza de que a mesma não se perderá nas constantes variações conceptuais do desenvolvimento técnico-científico que o sistema jurídico insiste acompanhar. A garantia de um “direito à vida” encontra-se já

²³⁵ CHORÃO - cit. 176, p.202

ameaçada, como nos conta, com preocupação e entre tantos outros autores, Mário Bigotte Chorão.

De resto a solução que parece apresentar-nos para o problema do Direito passa, como vimos, pela defesa da “*natureza das coisas*”. Colhido nos ensinamentos de uma teoria que se apelida de “Realismo Clássico”, Mário Bigotte Chorão procura dar-nos uma visão integral do Direito, estabelecendo com as imprescindíveis condicionantes histórico-sociais uma ligação com o carácter absoluto e eterno dos valores do Direito Natural, igualmente essenciais ao bom funcionamento das instituições jurídicas.

Por último, faltar-nos-ia referir que, mesmo aquela separação que entre o Direito e a Moral se estabelece necessariamente na obra de Bigotte Chorão, deve considerar-se, no entanto, que essa divisão não corresponde, ela mesma, à verdadeira relação que se quer ver estabelecida pelo autor. Isto porque, como confirmámos, o conceito de uma “*amoralidade subjetiva do Direito*” é um conceito que pertence ao universo do Direito, mas que deve ser perspectivado com cautela já ele é, em tudo, contrário à completa realização de uma Justiça que se quer ver, afinal, justificada através do Direito.

Resumindo, é a “*unidade da ordem ética e o primado da moral*” que, afinal, traduzem a mais correta confirmação de que o Direito está em profunda e constante ligação ao universo dos valores éticos e dos preceitos da Moral. Desta vez é Mário Bigotte Chorão que o afirma.

Devemos passar, por isso, para a análise de outras e diferentes abordagens da temática relação entre o Direito, a Ética e a Moral visto que, cada vez mais, se aproxima a possibilidade de afirmarmos os seus contornos definitivos.

Título V – *Introdução ao Estudo do Direito de Inocêncio Galvão Teles*

Inocêncio Galvão Teles é autor de uma tese que se revela bastante interessante ao presente estudo, pois, mostra-nos como o Direito pode e deve ser perspectivado sob um certo ponto de vista positivista em associação com os preceitos da Ética e da Moral, obtendo-se, do presente modo, a atualização dos princípios éticos do Direito.

Neste sentido, *Introdução ao Direito* é uma obra que nos explica porque motivo deve todo o jurista salvaguardar-se do pensamento racionalista de que a razão tudo pode. Aqui, o autor deixa-nos perceber como a ideia de que “*O legislador, intérprete da Razão humana, tudo previu*” é uma ideia ingênua e, por isso, errada. Daí não ser possível em sua opinião, conceber-se o positivismo como o método exclusivo da interpretação jurídica. “*Esta falta de sentido histórico, este tipo de homem, abstracto criado pelo iluminismo, este esquecimento do permanente evoluir da vida, da constante renovação das situações e das necessidades, tudo isto desmente o valor da escola exegetica e faz a sua condenação definitiva.*”²³⁶

O autor propõe-nos como solução para o verdadeiro método da interpretação jurídica a realização cooperativa dos preceitos deixados pela escola Dogmática, que manteve o legado da escola exegetica e inovou pelo conceito da jurisprudência dos conceitos, pelo método da “*Jurisprudência dos Interesses*”, corrente desenvolvida por JHERING e HECK e, ainda, pela consideração de um método crítico que colmatasse as dificuldades das anteriores correntes e que permitisse que o Direito se torna-se em algo mais do que “*uma atitude estática de interpretação*”, mas que fosse também “*alvo de uma postura dinâmica*”, como afirma o autor.

Assim, do contributo da escola Dogmática aponta o autor a vantagem do rigorismo técnico que é comum a toda a estrutura científica.

Quanto a segunda doutrina, a doutrina da “*Jurisprudência dos Interesses*”, esta assenta na ideia de valorização dos interesses dos sujeitos do Direito, em detrimento da lógica, da racionalidade, dos conceitos em último termo. Segundo esta teoria, os interesses, de carácter vital, como nos mostra o autor, “*devem presidir à interpretação da lei [...] e à sua aplicação.*” Daqui já se vê a necessidade de fazermos associar esta segunda teoria à primeira que referimos: “*ela não dispensa a dogmática e portanto os conceitos, sem os quais não há verdadeira Ciência Jurídica*”,²³⁷ como afirma o autor.

²³⁶ TELES, Inocêncio Galvão – *Introdução ao Estudo do Direito*, vol.II, p251

²³⁷ TELES - cit. 236, p.256

Mas também é necessária uma correspondência com a realidade física e, por isso, o método jurídico deve ser crítico segundo este autor. *“Para bem dominar o Direito, é necessário olhá-lo por todos os lados, com vivo espírito crítico, e percorrer as diferentes etapas que formam o seu itinerário.”*²³⁸

E é precisamente por aqui que encontramos relação como o objeto do nosso estudo. Segundo Inocêncio Galvão Teles, o Direito é resultado de um esforço de diálogo, como vimos; deve, pois, o Direito absorver algum do espírito da escola exegetica, pois, para a correta interpretação da Lei é necessário *“um primeiro esforço de exegese”*; contudo, isso não basta. A completa interpretação do Direito exige a igual participação do próprio intérprete, pelo que, o verdadeiro método para a interpretação da lei resulta também da sua visão das coisas. Como afirma Galvão Teles, *“O jurista tem de fazer uso do seu senso crítico, verificando se as normas positivas obedecem às exigências do Direito Natural, estão conformes com as aspirações do povo, satisfazem as solicitações sociológicas, são efectivamente respeitadas ou há entre elas e a realidade um desajuste que denuncia o seu desacerto [...]”*.²³⁹

Aplicando o princípio que agora se enuncia, vejamos, desde já, o que nos diz Inocêncio Galvão Teles a respeito da relação que entre o Direito, a Ética e a Moral. Como afirma: *“O confronto deve aqui fazer-se, não entre dois valores absolutos – a Justiça e a Ética –, mas entre duas entidades culturais – o Direito (positivo) e a Moral (também positiva), que resultam da encarnação daqueles valores na realidade. A Justiça – como “verbo” – faz-se “carne” no Direito; semelhantemente a Ética – como “verbo” – faz-se “carne” na Moral.”*²⁴⁰

Da noção que nos deixa presente Inocêncio Galvão Teles, retiram-se duas importantes notas a reter aqui. A primeira traduz a ideia de que o Direito apenas deve ser comparável, como normativa, à Moral, já que ambas se estabelecem num mesmo plano concreto, físico ou “positivo”; quanto à segunda importante e útil consideração a reter, parece indicar-nos o autor que a única possibilidade de o Direito receber influência da Ética é por via indireta, isto é, através daquela relação que estabelece com a Moral, já que o valor que orienta o Direito é a Justiça e não outro.

²³⁸ TELES - cit. 236, p.257

²³⁹ TELES - cit. 236, p.257

²⁴⁰ TELES - cit. 236, p.115

Por isso afirma: *“Há, e deve haver cada vez mais, uma entre ajuda entre a Moral e o Direito, no sentido de que cada um desses ramos deve procurar fortalecer o outro, sem contudo destruir o que há de específico em cada um deles.”*²⁴¹.

Ora, segundo tal pressuposto, notamos, desde já, como o tal princípio que vimos há pouco ser defendido pelo autor, e que é revelador de uma interdependência entre as diferentes formas ou teorias de conceber um sentido para o Direito, parece, agora, ter bastante razão de ser. É que, se não perspetivarmos o Direito mediante os valores ou os princípios universais que representam os interesses das comunidades, e aqui entra em total consideração a teoria da *“Jurisprudência dos Interesses”* a norma tornar-se-á, como é óbvio, despropositada, inadequada, obsoleta, de conteúdo unicamente depositado na vontade do Legislador, e, desprovida, por isso de legitimidade, já que a verdadeira vontade do Direito reside no Povo.

Deste modo, voltamos ao nosso ponto inicial, pondo em evidência, novamente, a tão desejada visão geral do Direito, sendo esta a forma privilegiada de conceber, segundo Inocêncio Galvão Teles, a interpretação e a aplicação do Direito. Façamo-lo através da análise das considerações que se seguem.

Capítulo I - Reconhecimento Ético do Direito:

A Superioridade Normativa do Direito Natural

Como vimos até aqui, Inocêncio Galvão Teles propõe como método da interpretação jurídica um olhar atento sobre a comunicação entre as diferentes perspetivas e teorias, procurando uni-las para satisfazer, afinal, o verdadeiro e único interesse do Direito: a realidade que o próprio visa disciplinar. Para tanto, é necessário olhar também para os *“problemas fundamentais do homem”*, isto é, para os problemas do Direito Natural, aqui na conceção que nos dá o autor.

Em respeito a este assunto, elucida-nos do seu mais concreto conceito de Direito Natural. Afirma, então, o seguinte: *“O problema do Direito Natural é de todos os tempos [...] A questão põe-se assim: Direito é só o Positivo, aquele que a Sociedade cria, com uma expressão exterior, sensível, tangível? Ou porventura, ao lado, melhor acima dele, haverá outro que ocupe, relativamente ao primeiro, uma posição de supremacia e que justamente se*

²⁴¹ TELES - cit. 236, p.118

chamará Direito Natural?”²⁴². Por outras palavras, a questão que se coloca é a de saber se alguma outra ordem normativa, superior ao Direito, influencia a criação das suas normas. O autor responde: “*Presentemente, a ideia de Direito Natural está um pouco ofuscada, como mais de uma vez aconteceu ao longo da História [...] Mas a esta fase de sombra não deixará de suceder outra de luz, porque a ideia de Direito Natural corresponde, em si, a qualquer coisa de imperioso.*”²⁴³.

Por aqui poderemos nós já antever a aceitabilidade do autor para a consideração de uma ordem normativa superior ao direito posto, ao direito vigente, diríamos mesmo, uma ordem normativa de acordo com o Direito Natural. Neste sentido, afirma: “*Os espíritos positivistas, que só crêem naquilo que pode ser objecto de observação e de experiencia, contentam-se com o Direito Positivo; mas a verdade é que a Razão nos diz que acima dele existe outro, que não é, como o primeiro, criação do homem, mas antes emanção da Natureza (humana): o Direito Natural.*”²⁴⁴

Quanto a esta última formulação, parece-nos que seria de admitir para o autor a existência de uma ordem que se pudesse apresentar superior ao Direito positivo, de características, universais, permanentes, sempre válidas como diz, e, portanto, orientador do sistema jurídico positivado no tempo e no espaço; um Direito Natural superior ao Direito positivo e que não tenha qualquer dependência deste ou das condicionantes histórico-temporais da criação das leis. O que significará isto senão Direito Natural de conteúdo válido e superior ao Direito positivo? Apesar de querer afirmar um ordenamento de conteúdo natural mas assente numa natureza que não é partilhada por nenhum outro sistema vivo, apesar de querer distinguir a natureza física da “*natureza (humana)*”, parece-nos que devemos assentar esta última ideia como certa para o pensamento de Inocêncio Galvão Teles.

Mas não só Inocêncio Galvão Teles nos transmite esta ideia de que o Direito Natural é um valor de conteúdo superior ao Direito Positivo. Como já nos mostrava Franz-Paul de Almeida Langhans, de entre os modos de agir entre os homens, não obstante a grande diversidade comportamental que os caracteriza, resulta sempre a presença de um valor que é comum a todos: “*a valorização do valor da vida*”, quer esta se apresente sob o modo de vida individual, em tudo o que é íntimo a cada homem, quer se apresente sob a forma de vida coletiva, onde subsistem, principalmente, os interesses sociais.

²⁴² TELES - cit. 236, p.101

²⁴³ TELES - cit. 236, pp.112-113

²⁴⁴ TELES, Inocêncio Galvão – *Introdução ao Estudo do Direito*, vol.I, p.50

No que concerne ao valor “Vida” perspectivada sob o interesse individual do homem, é natural que este constitua um valor para o mesmo, afinal nada faria sentido para os interesses de cada homem sem o respeito pela sua própria vida. Contudo, questionamos como é que este mesmo valor “Vida” poderá fundamentar também a particular forma de vida coletiva que o homem tem vindo a desenvolver paralelamente à sua própria existência, e, assim, justificar-se a existência do próprio Direito? Querer-se-á aqui indicar que a sociedade e os seus mecanismos jurídicos são essenciais à própria subsistência da condição humana e que deles dependem toda a forma de realização humana?

Parece-nos que é essa, de facto, a intenção deste autor agora em análise. Se este é um valor que é comum a todos os homens e gerado pelos mesmos motivos, deve pois aquele valor “Vida” ser traduzido, também, como valor máximo das próprias comunidades. Veremos mais adiante como Inocêncio Galvão Teles defende ainda esta ideia de que a Sociedade é, também ela, produto da natureza humana. Contudo detenhamo-nos um pouco mais no contributo que Franz-Paul de Almeida Langhans nos deixa quanto a estes assuntos do Direito Natural.

De facto, parece-nos que mesmo que o ordenamento jurídico não diga diretamente respeito aos interesses mais vitais do ser humano, no final, o Direito promove sempre a defesa do valor “vida”. É, de resto, o próprio Franz Paul de Almeida Langhans que nos exemplifica este reconhecimento através do instituto da Posse. “*A posse enquanto reconhecimento do valor da vida, diz-nos já alguma coisa de substancial a respeito deste assunto.*”²⁴⁵

Como também nos recorda a este propósito Inocêncio Galvão Teles, esta possibilidade de conceber a instituição da Propriedade e os seus correspondentes institutos em comunhão com os princípios do Direito Natural vinha prevista já no Código Civil de 1867: “*Lembre-se, entre nós, Seabra, que se mostrava partidário do Direito Natural, embora um Direito Natural individualista e racionalista, nomeadamente na sua interessantíssima obra sobre “A Propriedade” e que no artigo 16.º do seu Cód. Civil [...] mandava, como se sabe, recorrer aos princípios do Direito Natural para preencher as lacunas da lei quando não pudessem ser integradas pela analogia.*”²⁴⁶

Isto significa que para Franz-Paul de Almeida Langhans, e também para Inocêncio Galvão Teles, a preservação da condição humana dependeria sempre dos aspetos individuais e próprios da natureza humana, mas também dos aspetos resultantes da interação entre os

²⁴⁵ LANGHANS, Franz-Paul de Almeida - *Apud* TEIXEIRA, António Braz - *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, p.79

²⁴⁶ TELES - cit. 236, p.112

homens. Sem esta, a própria existência humana não seria possível, não na forma como a concebemos atualmente.

Semelhante abordagem serviu-nos para constatar, mais uma vez, a importância de fazer do Direito Natural um ordenamento superior ao ordenamento positivo. Vimos como o Valor máximo que é o valor “Vida” se constitui num bem a respeitar por qualquer ordenamento, seja ele jurídico ou não, e que corresponde a um preceito que só o Direito Natural poderá salvaguardar. No entanto, deverá ter-se ainda em consideração que, afinal, o Direito Natural corresponde ao ordenamento mais apropriado para a defesa de valores como os que agora se estuda porque somente aquele ordenamento consegue manter-se imune às alterações conceptuais, tal como acontece com o valor “Vida”.

Por isso, também não será sobre o Direito positivo, que é mutável, subjetivista e mundano que os mais altos valores depositarão a sua guarda. Como veremos com José de Sousa e Brito, o princípio democrático, por exemplo, não é fundamento dos direitos humanos, precisamente, porque aquele princípio é suscetível de variações conceptuais que poderiam por em causa toda a essencialidade desses mesmos direitos fundamentais. Por isso, direitos como os que representem o valor “Vida” não poderão, jamais, depender das considerações ou normativas do Direito positivo, mas sim de um ordenamento válido igualmente de forma permanente como é o caso do Direito Natural.

Capítulo II - Critérios de Distinção:

2.1 - O “*Bem-Comum*”

Vimos anteriormente como, para Franz-Paul de Almeida Langhans, a Sociedade e o bem que ela persegue estão em perfeita comunhão com os interesses dos indivíduos. Note-se que para Inocêncio Galvão Teles as sociedades se definem como uma organização de pessoas, orientada para um fim comum. Igualmente, o Direito persegue este propósito, “*mergulha as raízes na sociedade, dela emerge e a ela se destina*”, a sociedade resulta, pois, “*Do enquadramento dos indivíduos numa certa ordem [...] a que preside como fim o bem comum de todos, distintos do bem particular de cada um*”.²⁴⁷

Ora, seguindo a presente definição, como nos seria possível manter a afirmação de um certo “mínimo ético” se, afinal, os interesses que o Direito persegue e que se traduzem no

²⁴⁷ TELES - cit. 244, p.46

chamado “*bem comum*”, nada devem ao “*bem particular de cada um*”, nada devem à Moral de cada indivíduo?

O autor explica-nos que apesar de não podermos confundir os conceitos, o “*bem comum*” que as normativas jurídicas visam atingir vai buscar a sua inspiração, precisamente, a esse “*bem particular*”, a essa individualidade que cada sujeito possui: “*Os indivíduos, nas suas relações de convivência, não são seres isolados, antes estão integrados numa “unidade de ordem” (para empregar a expressão de S. TOMÁS DE AQUINO) que os subordina, mas que baseia na sua personalidade e dignidade a realização do bem comum.*”²⁴⁸.

Constatamos, finalmente, porque motivo as normas do Direito não resultam, para a grande maioria dos cidadãos, numa imposição ou numa espécie de vinculação exterior e contraposta à vontade desses mesmos cidadãos. Como afirma a este propósito o autor: “*Sublinhe-se que o Direito é, em geral, observado espontaneamente e não mediante o uso da força [...] Nem a vida social se tornaria possível se fosse necessário ter junto de cada pessoa um polícia para a forçar a cumprir, até porque junto desse polícia também teria de estar outro para o compelir ao cumprimento do seu dever (“Quem guarda o guarda?”).*”²⁴⁹

Talvez as coisas se passem do presente modo porque, como nos explica o autor, esta forma de estar em relação, e que se apresenta sob a forma das relações sociais, é algo que se deve considerar intrínseco ao indivíduo, facto que faz com que o mesmo veja a Sociedade, e as relações que dela emergem, como algo que faz parte de si.

Claro que esta versão que agora se apresenta é discutível e suscetível de contestação, no entanto, parece ser a que, na visão do autor, se coaduna com a realidade humana. Como afirma: “*O homem – a mais ligeira observação no-lo mostra – é naturalmente sociável [...] Por outro lado, quer física quer espiritualmente ele necessita do seu semelhante, sem o qual não pode viver.*”²⁵⁰ Seja por motivos de sobrevivência física, seja por uma questão de desenvolvimento intelectual, a condição do Homem depende da existência da Sociedade. É da sua natureza viver em relação com os seus semelhantes. Como afirma o autor: “*o estado natural do homem é o social*”.²⁵¹

Talvez por isso se considere que o grande motivador que proporciona o respeito pelas normativas jurídicas se deva a esse reconhecimento dos valores éticos que imperam através do conteúdo da norma. Do reconhecimento ético resulta a legítima e eficaz aplicação do

²⁴⁸ TELES - cit. 244, p.47

²⁴⁹ TELES - cit. 236, p.126

²⁵⁰ TELES - cit. 244, p.36

²⁵¹ TELES - cit. 244, p.38

Direito positivo, como parece querer afirmar o autor. *”Há, na realidade, todo um conjunto de fatores de natureza psicológica, portanto distintos da força física, que conduzem à observância da norma jurídica, observância que não se conceberia houvesse de assentar no uso permanente da coação.”*²⁵²

O melhor instituto a que poderíamos recorrer para constatar que, de facto, na concepção de Inocêncio Galvão Teles, o sistema jurídico assume uma relação de interdependência com as normas éticas ou morais seria, neste caso, o Costume. Para o autor, o Costume constitui uma importante fonte de criação do Direito; aliás, na sua opinião, em termos de fonte de Direito, o Costume deveria ter uma importância semelhante à Lei.

É, pois, através do Costume, e pela importância que o autor lhe atribui, que conseguimos constatar porque é que afinal o Direito deve possuir um fundamento ético; essa razão deve-se, sobretudo, a uma importante característica que ao Costume comumente se associa e que se relaciona com a interioridade da norma, evidenciado a obrigatoriedade da mesma como ato de consciência do indivíduo. Esta característica manda que à norma do Costume se associe *“a convicção em que estão os que observam [...] e os interessados nessa observância”* por outras palavras, que reine a *“a convicção da sua obrigatoriedade”*.²⁵³

Mas, afinal, de onde provirá este sentimento que é voltado para o espontâneo acatamento desta espécie de norma que é o Costume? Por outras palavras questiona-se qual a fonte para a obrigatoriedade do Costume. Ora, quanto a esta questão o autor esclarece: *“A fundamentação do costume, segundo a nossa actual maneira de pensar, deve procurar-se na parcela de verdade que se contém na chamada Escola Histórica do Direito, de que foi corifeu o grande jurisconsulto germânico SAVIGNY. Essa escola, de inspiração romântica, fazia em última análise assentar todo o Direito na consciência colectiva, na psique da comunidade, no espírito do povo.”*²⁵⁴.

Serve, pois, o Costume como excelente exemplo para constatar como se justifica a relação de interdependência entre as normativas morais e jurídicas, pois, não devemos esquecer como o Direito assenta os seus pressupostos sobre a vontade, a *“psique”* ou o *“espírito”* do povo e que o mesmo é afirmar que o Direito assenta os seus pressupostos sobre a Moral.

²⁵² TELES - cit. 236, p.126

²⁵³ TELES - cit. 244, p.119

²⁵⁴ TELES - cit. 244, pp.124-125

Para já devemos criar aqui uma nota importante a reter: Parece-nos que o critério da coercibilidade do Direito, afinal, serve para compreender não o afastamento do Direito das normativas éticas mas, sobretudo, para compreender a fusão que se estabelece entre os conceitos de Direito Positivo e uma ordem que traduz a “*natureza das coisas*”, de alguma forma condizente com aquele conceito de Direito Natural que falámos no capítulo anterior. Isto infere-se porque daquela “*natureza das coisas*” resulta o mesmo carácter superior que vimos associado ao Direito Natural. Neste cenário constamos o seguinte: “*O legislador não pode sobrepor-se à natureza das coisas e não pode, pois, transformar a coercibilidade de possibilidade jurídica em possibilidade de facto quando a natureza das coisas a tal se oponha.*”²⁵⁵. E, por aqui também contactamos como o autor não aceita a imposição forçada do Direito. Como vemos, se, o conceito de “*coercibilidade de possibilidade jurídica*” corresponde, como parece evidente, à ideia anteriormente vista que procura traduzir a possibilidade de o Direito não se revelar efetivamente coativo, isto é, não se tornar imposto pela força contra a livre vontade dos cidadãos, e se, o contrário disto mesmo, manda que o Direito se imponha pela “força”, ideia que se traduz na expressão transcrita do autor como “*possibilidade de facto*”; e ainda se, para terminar, este último conceito se revela em oposição ao conceito de “*natureza das coisas*”, então, só podemos daqui concluir o seguinte: no campo de realização da “*natureza das coisas*” não há lugar a imposição coativo de qualquer norma, o que significa que só pode haver lugar à expressão da livre vontade, vontade essa que, como vimos, descende do povo.

Neste ponto perguntamo-nos: Será que esta vontade ou espírito que descende do Povo não se identifica, ela mesma, com a Moral vigente? Como nos explica o autor, o Costume, como acabámos de constatar, encerra a expressão mais perfeita do “espírito do Povo” e este forma-se através de um processo que visa generalizar as condutas individuais que no seio das comunidades se generalizam e que, por isso, passam à categoria de norma, como nos mostra Inocêncio Galvão Teles: “*De individual que era tornou-se social, vai-se enraizando, e aos poucos nasce no espírito dos indivíduos o sentimento, mais ou menos nítido, do que deve ser acatado como Direito [...]*”²⁵⁶.

Logo, parece-nos que a Moral se constitui, verdadeiramente, numa forma de expressão da “*natureza das coisas*” que é a vontade popular. Deste modo, a Moral relaciona-se com o Direito por via da realização da vontade geral.

²⁵⁵ TELES - cit. 236, p.127

²⁵⁶ TELES - cit. 244, p.116

Vimos a superioridade da “natureza das coisas” em relação ao Direito posto pelo Legislador. Resta saber se a Moral, uma vez que toma parte nesta representação natural que também poderia ser identificável com um certo Direito Natural, representar-se-á, por isso, como uma normativa superior ao Direito positivo?

Para podermos afirmar tal posição seria necessário que a Moral se constitui-se num ordenamento em tudo igual ao ordenamento do Direito Natural, afirmando-se, com base nessa premissa, a igual superioridade da Moral relativamente ao Direito positivo. Contudo, não nos é aqui permitido realizar tal aferição porque, de facto, não se constatou a igualdade entre o Direito Natural e a Moral, apenas verificámos o estabelecimento de algumas relações entre esses ordenamentos, o que não é suficiente para aferir a sua semelhança. Tal como confirmámos a propósito do estudo da obra de Bigotte Chorão, de facto, não parece ser viável assumir uma identificação entre as normativas da Moral a uma ordem que se funde na natureza humana, como já dizia Kelsen. Pelo menos, não devemos assumir que essa ordem moral descenda diretamente de um ordenamento natural.

No entanto, outros autores permitem-nos compreender se a Moral pode ou não constituir-se num ordenamento de relativa superioridade comparativamente com o Direito positivo, e diz-se relativa porque não devemos esquecer que, para Inocêncio Galvão Teles, Direito positivo e Moral constituem-se realidades interdependentes mas que cuja essência não nos permite estabelecer a superioridade de uma em relação à outra. Este ponto será tratado no tema que se segue.

2.2 - Novos Contributos para a Compreensão da Obrigatoriedade Moral

Franz-Paul de Almeida Langhans, autor a que já aqui fizemos algumas referências, diz-nos que o equilíbrio da atividade humana requer a aceitação ou reconhecimento de um certo número de imposições, prerrogativas ou inibições, considerando-as expressões de livre vontade humana. Ora essas condicionantes, que são condição imperativa do estabelecimento da ordem para as relações entre os homens, e que, muitas vezes, são identificadas como condições vivenciais opostas à própria natureza do homem, ideia tantas vezes colhida nos ensinamentos de J. Jacques Rousseau, afinal não passam, tal como as formas da sociedade, de uma natural expressão da natureza humana.

Vejamos, ainda, que é na medida daquele condicionamento que nos falava Almeida Langhans, e que para os homens se traduz numa espécie de “*harmonia universal*”, que os indivíduos encontram o seu mais completo sentido de Justiça. O equilíbrio gerado pelo

condicionamento das normas gera valores e desse facto resulta o mais perfeito sentido de Justiça para os homens: *“No uso das prerrogativas e na aceitação das inibições tem de haver limites. É no respeito destes limites que se encontra o equilíbrio da actividade humana.”*²⁵⁷

Vemos como aqui o respeito ou o acatamento de certa norma toma proporções para além da simples ordem e paz social. De facto, o que se consegue através do Direito é muito mais do que uma organização das condutas imposta aos indivíduos por fatores exteriores; vê-se agora como estes elementos exteriores, quando tomam forma nas consciências dos indivíduos, se transformam em valores. Há, pois, um reconhecimento dessas imposições ou prerrogativas como algo que é necessário e bom para os indivíduos, trazendo então uma *“harmonia universal”*, como diz, para todos os homens.

Ora tudo isto representa, no final de contas, nada mais, nada menos, do que uma forma de expressão moral. O direito não vingará com todas as suas prerrogativas se estas não tomarem forma na consciência dos indivíduos, por isso, aquelas não se impõem deliberadamente. Como afirma aqui Franz-Paul de Almeida Langhans *“As regras da conduta brotam na consciência dos homens como expressões normativas das condições de existência, das prerrogativas ou inibições, do facere e do non facere. Projectadas na consciência estas normas tomam uma amplitude imensa. Indicam o comportamento interior, actuando no foro íntimo. São as normas puramente morais. Vistas bem as coisas, toda a conduta humana desenrola-se no campo da ética, quer na submissão aos princípios e normas quer na sua violação. Todos os princípios de ordem e harmonia têm um reflexo na consciência.”*²⁵⁸

É para aqueles que as desconsiderem como tal, mesmo para esses que não respeitam as normas ou imposições, o fundamento do ato é *“puramente moral”*, pois é sua consciência que dita, afinal, qual a ordem a cumprir.

E esta evidente relação que se dá entre o Direito e a Moral dá-se, afinal, em nome e tradução do valor da Justiça, pois, *“Por mais especial que seja a norma, por mais empírico que seja o facto, o objectivo que sempre se pretende com este sistema é um objectivo ético. É a realização da Justiça. E realizada esta conseguiu-se o fim último – o equilíbrio necessário à harmonia universal.”* O Direito funda-se então numa constante procura pelo equilíbrio do ser humano e toda a regra ou imposição criadas para serem aplicadas ao Homem devem respeitar este pressuposto, caso contrário, perde-se todo o sentido de Justiça. *“É no equilíbrio*

²⁵⁷ LANGHANS - cit.245, pp.82

²⁵⁸ LANGHANS - cit.245, pp.83

necessário à harmonia universal que se encontra a essência pura do fenómeno jurídico. (...) é na essência pura do fenómeno jurídico que deve ir buscar-se o fundamento do direito.”²⁵⁹.

Em conclusão diríamos que para o autor agora em estudo o fundamento último do Direito positivo é moral ou ético. Ora o que significa isto senão evidenciar o carácter superior da Moral relativamente ao Direito positivo? Se não dá mostras de uma superioridade transmite, com toda a certeza, uma verdadeira dependência entre as normativas. Parece-nos que esta seria a opinião que o autor mais facilmente perfilharia neste diálogo, pois, como afirmava: *“A essência do direito, o seu carácter intrínseco, não está portanto no elemento coercitivo e sancionador, mas na predisposição de dar um reforço aos valores ético-sociais, à medida em que estes se tornam necessários à disciplina das relações humanas. A fenomenologia do direito consiste na valorização jurídica que é uma valorização da valorização ética.*”²⁶⁰

Também Álvaro Ribeiro nos mostra a importância de fundamentar o conteúdo material do Direito positivo sobre uma base ética ou moral: *“Todas as doutrinas que pretendam dar transcendência à lei escrita, e transcendência quer dizer transumanidade, hão de reconhecer que o direito só se efectiva quando imanente da consciência humana. (...) Ao tomar conhecimento do direito objectivo pela objectivação dos direitos na consciência pessoal, o homem pretende exercê-los para afirmar a sua liberdade.*”²⁶¹

Delfim Santos vai mais longe nestes assuntos e mostra-nos como esta dependência ética do Direito não é, afinal, relativa ou mínima como alguns autores afirmam, pois deriva a mesma do facto de que o Direito só existe na condição de possuir um fundamento ético. *“O direito só adquire sentido em relação com o dever, com os actos de seres livres e conscientes que sobre si possam exercer capacidade imperativa. O direito é, portanto, «impositivo» porque sempre exige a compreensão de deveres impostos pela consciência do homem a si próprio. A característica do direito positivo é ser impositivo, e não há direito não-impositivo.*”²⁶² A existência do Direito deve-se, tão-somente, para satisfazer a necessidade que todos os indivíduos sentem de verem cumpridos os deveres para que estão adstritos. O Direito somente é criado para fazer cumprir o “dever” que todo o homem exige a si próprio. E isso

²⁵⁹ LANGHANS - cit.245, p.86-87

²⁶⁰ LANGHANS - cit.245, p.89

²⁶¹ RIBEIRO - cit.206, p.220

²⁶² SANTOS - cit.163, p.199

expressa também, na sua mais perfeita aceção, o conceito de Justiça, como agora perspetivamos.

Como também nos explica A. José de Brito, este fenómeno da obediência jurídica deriva não de uma imposição que contra a vontade dos indivíduos se apresente, mas sim de um processo natural e pacífico de aceitação. Tal como os anteriores autores citados, a coercibilidade, ou a possibilidade de o Direito se impor por si, deve ser vista, segundo A. José de Brito, como decorrente da preferência dos sujeitos destinatários das normas. Como afirma: *“A questão toda, na coação, não é arrastar vontades, sem que estas possam resistir, mas sim impelir as vontades para livremente se decidirem num certo sentido. Ela é força, mas força espiritual, força que nada tem de física, mas força de ânimo.”*²⁶³ E este “ânimo” tem, na sua opinião, a sua raiz no centro das vontades de cada indivíduo, as quais, com toda a certeza, farão sobressair as suas mais elementares considerações éticas. Neste sentido, afirma: *“O imperativo não conseguirá dirigir as vontades sem estar dentro delas. Se exterior a elas, haverá acaso uma conformidade ocasional, nunca uma atitude que se possa com legitimidade chamar de obediência.”*²⁶⁴

No entanto, é com Delfim Santos, autor que agora retomamos, que conseguimos confirmar como finalmente a Moral pode ser concebida como uma ordem superior ao Direito. Contudo, para o afirmarmos necessitamos de excluir o pressuposto de que a influência que o Direito recebe da Moral advém da relação que esta possui com o Direito Natural, conforme, de resto, já o fizemos. Assim poderá manter-se ainda a possibilidade de afirmar a superioridade da Moral em relação ao Direito positivo desde que não se afirme a dependência deste último em relação ao Direito Natural. Isto dá-se porque, como afirma aqui Delfim Santos: *“A norma não tem duplo aspecto, indicativo e imperativo, e o direito não pode ter duas formas, natural e positivo, porque o comportamento do homem é sempre imperativo e o direito sempre impositivo [...] Só uma antropologia filosófica pode ser a base de um direito humano, de um direito que não confunda lei da natureza com lei jurídica”*.²⁶⁵

De facto, o Direito positivo não fundamenta o seu carácter ético através do Direito Natural, e aqui entramos em contradição com o que afirmámos há poucos a respeito das considerações de Inocêncio Galvão Teles. Afinal, para autores com Delfim Santos, a relação

²⁶³ BRITO - cit.30, pp.210-211

²⁶⁴ BRITO - cit.30, pp.208

²⁶⁵ SANTOS - cit.163, p.199

que o Direito estabelece com a Ética não deriva da influência que o Direito Natural exerce sobre o sistema normativo positivo.

E tal como Delfim Santos, também A. José de Brito se revela oposto a tal possibilidade de um qualquer direito positivo decorrer de um certo “*prolongamento do direito Natural*”, para usar aqui a expressão do primeiro. Agora, também na expressão de A. José de Brito, o verdadeiro fundamento da obrigatoriedade do direito positivo procede de um princípio independente que dá pelo nome de “Justiça”. É por isto mesmo, porque o valor da realização do direito positivo é a Justiça, é que deverá ficar excluída qualquer confusão entre o Direito Natural e o Direito positivo.

E assim, se Inocêncio Galvão Teles, como vimos, entende que a Justiça se faça “*carne*” através do Direito, nós, fazendo aqui uso da sua expressão, diríamos que para Delfim Santos e A. José de Brito, a Ética faz-se também “*carne*” através da Justiça, e com ela colabora para atingir os diferentes fins do Direito. Ao contrário do que vimos Galvão Teles defender, parece-nos que já não será somente através da Moral que a Ética se personifica ou se dá a conhecer; parece-nos que agora também ao Direito se faz recurso para realizar as verdadeiras e fundamentais considerações éticas.

Então, se assim é, o verdadeiro e último fundamento para o cumprimento da norma jurídica só pode ser um: o valor que através do princípio da Justiça emana e se repercute no ordenamento jurídico e é por todos reconhecido como tal, o que é o mesmo que afirmar o valor superior da Ética.

Ora se a Justiça que disciplina e orienta o Direito é, por si só, Ética, já obtemos condições para afirmar a premissa que com Inocêncio Galvão Teles não nos foi possível afirmar.

Perante este pressuposto chegámos à conclusão do seguinte: Se a Justiça se afirma como um valor superior e a perseguir pelo Direito positivo, devendo-lhe este o seu fundamento último, e se, ao mesmo tempo, a Ética, enquanto valor, influi através da Justiça atingindo o Direito, então, uma vez que Justiça e Ética se identificam como valores, valores estes que se fundem perante a realidade jurídica, só nos resta concluir que, tal como a Justiça se apresenta sobreposta ao Direito positivo, também a Ética, e a Moral que através dela se representa, se sobrepõe a esse ordenamento, afirmando-se superior a ele.

Perante este reconhecimento, A. José de Brito colmata o seu raciocínio demonstrando-nos como a impossibilidade de o Direito se impor por qualquer outra via que não a via ética é algo que parece ser evidente: “*poderá considerar-se que o direito positivo é um dever-ser,*

que se possa contrapor ao dever-ser alicerçado no Valor? (...) A nossa resposta é inequivocamente negativa.”²⁶⁶

A Ética está pois a par da Justiça quando falamos de diretrizes do Direito. Isto justifica a evidente superioridade da Ética sobre o Direito. Por isso, A. José de Brito iguala a Moral ao Direito, pois, como vemos, quer o Direito quer a Moral recebem da Ética e da Justiça as coordenadas das suas normativas: *“E, se não há, no plano do dever-ser, fundado no Valor, dois domínios específicos, que possam considerar-se a moral e o direito e se, também, não há, ao lado do plano do dever-ser, fundado no valor, outras espécies autónomas de dever-ser, que possam considerar-se o puramente jurídico, então não há nenhuma espécie de distinção entre o direito e a moral.*”²⁶⁷. Por isso, nada melhor do que concluir o seu raciocínio fazendo recurso às suas próprias palavras: *“em conclusão: direito e moral formam uma unidade, que podemos designar, indiferentemente, duma ou doutra maneira, mas cuja substância é a realização do dever-ser assente no Valor.*”²⁶⁸

Mas se assim é, ou seja, se não há diferenças ontológicas a apontar entre o Direito e a Moral, como se justifica a evidente, para uns, ofuscada, para outros, mas real e concreta separação entre o Direito e a Moral, perguntamos nós a A. José de Brito ? O autor responde-nos, tão simplesmente, que este distanciamento verificado entre as normativas não se deve por razões ontológicas mas porque, como afirma, *“ a realização do dever-ser [...] é dialéctica, é uma luta [...] que tem constantes cossi e ricorsi [...] porque o que está bem está sempre ameaçado, e o que está mal é sempre corrigível.*”²⁶⁹

Daí que possamos, por vezes, apelidar de inconstitucionais leis que já vigorar no sistema jurídico mas que se apresentam, desde o seu início, formalmente válidas. O poder reside, de facto, na vontade dos sujeitos, e este exemplo demonstra-o claramente. O problema é que a vontade não é perfeita e, por vezes, comete erros. Daí o motivo pelo qual nem sempre o Direito se apresenta em completa comunhão com a Moral, não obstante ser essa comunhão o que, afinal, se deseja. Tal argumento procede do que nos propõe A. José de Brito através do seguinte excerto: *“Mas onde está o direito que seja a realização do Valor e, por isso, represente a moralidade? Temos, então, que revolucionar todos os direitos existentes? A questão já não pertence à ordem filosófica e, sim, à casuística. Diremos, apenas, que os denominados direitos que, substancialmente, forem direito, não precisam de ser*

²⁶⁶BRITO - cit.30, pp.224-225

²⁶⁷BRITO - cit.30, p.232

²⁶⁸BRITO - cit.30, p.236

²⁶⁹BRITO - cit.30, p.232

revolucionados, mas quando muito aperfeiçoados, e que os que usurpam o nome de direito não podem receber, senão, combate.”²⁷⁰

É facto que uma grande maioria dos autores concorda com a participação moral nas normas jurídicas e isto, só de si, já se revela importante para as questões que nos propomos aqui esclarecer. No entanto, quando nos propomos analisar todas estas perspectivas visávamos reconhecer se, afinal, uma Moral que é condizente com o Direito Natural poderia afirmar-se, como o Direito Natural se afirma, numa normativa superior ao Direito positivo. Se tal não pôde aqui afirmar-se com toda a certeza na obra de Inocêncio Galvão Teles, para autores como Delfim Santos ou A. José de Brito parece ficar bem clara a ideia de que a Ética, na qualidade de valor, influencia e direciona o Direito positivo que não passa de uma realidade concreta. Se isto não é afirmar a superioridade da Moral em relação ao Direito positivo é já afirmar a superioridade da Ética relativamente a este último ordenamento. Isto leva-nos ao critério seguinte, o critério que reconhece o “máximo ético” do Direito.

2.3 - O “Máximo Ético”

Diz-nos o autor que, em termos gerias, o Direito não deve ser tomado independentemente das relações que estabelece com as normas morais porque, como diz, existe um “mínimo ético” e um “máximo ético” que o Direito deve respeitar: *“É neste sentido que pode dizer-se, sem contradição real (a contradição é só aparente) que o Direito corresponde a um mínimo ético, na frase de JELLINEK, e a um máximo ético, na expressão de SCHMOLLER. É um mínimo ético porque apenas dá cobertura jurídica ao número relativamente restrito de preceitos éticos que formam o substrato do Direito. Mas é também um máximo ético, em acepção diferente, qual seja a de dar regulamentação jurídica, directa ou indirecta, a exigências éticas, adoptando soluções que visem satisfazer essas exigências, mas em termos jurídicos, portanto como o apoio da coerção.”* ²⁷¹. Portanto, o pouco que o Direito reconhece à Ética reconhece-o integralmente, sem repartir o seu conteúdo, assumindo a sua total influência no sistema normativo jurídico vigente. Isto significa que o Direito não tem o propósito de disciplinar ou criar preceitos normativos éticos, estes resultam no seio da comunidade jurídica, o Direito apenas os reconhece tal como se apresentam na consciência

²⁷⁰ BRITO - cit.30, p.235

²⁷¹ TELES - cit.236, p.118

dos cidadãos. Isto significa também que esse reconhecimento ético é imperativo ao sistema jurídico, não podendo o Direito ignorar este facto.

Síntese

A grande particularidade do estudo realizado em torno desta obra que nos oferece Inocêncio Galvão Teles, como acabámos de compreender, não é tanto a de saber se o Direito se estabelece em relação com as normativas éticas ou morais, mas mais a de aferir com que profundidade ou substância se afirma essa relação. Aliás, esta prática parece vir a demonstrar-se comum a todos os autores aqui estudados, o que nos indica, desde logo, que a existência da relação não se coloca em causa.

No entanto, vimos que um dos aspetos que mais evidencia essa relação se constata quando analisamos a necessidade de se reconhecer um sistema normativo paralelo e de carácter superior ao direito instituído na lei. Aliás, foi pelo contributo dos autores aqui citados que parece ter ficado bem explicitada a ideia de que ao ordenamento Natural, praticamente, tudo se resume. Lembremo-nos, a este propósito, como o exemplo da propriedade correspondia um instituto do seu ordenamento. Tanto mais que existe um conjunto de valores aos quais não cabe ao Direito positivo proteger dada a característica e eminente mutabilidade conceptual do seu ordenamento.

Urge, por isso, promover a existência de um direito de carácter universal e nitidamente superior ao Direito positivo. O Direito Natural responde, como vimos Galvão Teles defender, completamente com esse requisito.

Levantámos igualmente a questão de saber se a considerável relação que o Direito estabelece com a Moral seria suficiente para pudéssemos assumir o mesmo carácter superior da Moral. Relativamente a esta questão vimos quais as várias possibilidades deixadas pelos autores. Lembremo-nos de que foi dito a propósito das considerações de Álvaro Ribeiro, Delfim Santos ou A. José de Brito.

No entanto, de todas as formas de manifestação transpareceu sempre a ideia de que a Moral não pode ser preterida pelo Direito positivo. Desde logo, a comprová-lo, Inocêncio Galvão Teles mostrou-nos a importância do Costume – que devido ao seu conteúdo moral – corresponde ao excelente exemplo de como a individualidade dos sujeitos se transforma em interesse coletivo. Daqui resulta a identificação entre os conteúdos do Costume e da Moral. Resta relembrar que o fator que garante o respeito do Direito positivo pelas considerações da

Moral é condizente com aquela definição que nos é deixada sob a designação de “*convicção da obrigatoriedade moral*”.

A “*convicção da obrigatoriedade moral*” dá igualmente causa àquele “*equilíbrio necessário à harmonia universal*” de que nos fala Franz-Paul de Almeida Langhans dando-se, deste modo, o encontro do verdadeiro sentido do Direito.

No entanto, é partindo destes dois últimos autores que conseguimos obter igual fundamentação de uma Moral de caráter superior relativamente às demandas de um certo Direito positivo. Contudo, necessitamos para isso de abandonar o pressuposto visto até aqui e que dita que a Moral resulte de uma manifestação do Direito Natural, conforme também já referimos.

Independentemente das divergentes posições, em qualquer dos casos parece verificar-se a possibilidade procurada.

Resta-nos concluir com isto que a Moral, dada a influência que exerce sobre o Direito, e mesmo que ainda não se encontre provado o caráter superior da mesma, corresponde a uma realidade de evidentes ligações práticas com a realidade jurídica. E isto é já afirmar a relação ética do Direito.

E com isto terminámos a análise desta obra de Introdução ao Direito e, com ela, damos por terminadas as considerações de Inocêncio Galvão Teles acerca das relações entre o Direito, a Ética e a Moral, não obstante o interesse que tantos outros assuntos trariam a esta discussão. Por agora, ficam os principais que aqui se enunciaram.

Título VI – *Introdução ao Estudo do Direito* de João de Castro Mendes

João de Castro Mendes é o último dos autores estudados no âmbito da análise relacional de autores de manuais de Introdução ao Direito, contudo, isso não faz do seu pensamento e da sua obra algo de menos importante para a compreensão da temática que nos propomos estudar, muito pelo contrário, como veremos. Posto isto, passemos de imediato à análise da obra que nos serve de estudo e que se designa, como já indicámos na epígrafe deste capítulo, *Introdução ao Estudo do Direito*.

O autor agora em estudo não garante uma medida exata de diferenciação entre as normas jurídicas e as normas morais ou éticas, isto, porque os motivos usados para estabelecer a dependência entre as normativas do Direito e da Moral já foram muitos e evidentes, no entanto, também já os foram os motivos para regulamentar a sua independência ou diferença.

Por outras palavras, a questão da dita relação revela-se hoje mais pela característica controversia que causa do que por outra coisa qualquer, como inferimos das suas próprias palavras: “Assim como se fala num sincretismo filosófico inicial (todos os conhecimentos humanos, científicos e filosóficos se inseriam primeiramente na filosofia), assim também podemos falar dum sincretismo ético inicial. Só a pouco e pouco se foram diferenciando os vários sistemas normativos e essa diferenciação fez correr rios de tinta.”²⁷²

Por isso, afirma o autor que para encontrarmos manifestações de um Direito em comunhão com as normativas morais devemos recorrer a ordenamentos onde o “Bem” seja um valor a perseguir pelo Direito. Se nos encontramos no domínio do Direito penal, por exemplo, sem dúvida que a consideração de valores éticas, morais e até mesmo religiosas devem ser tidas em consideração na interação das mesmas normas; elas fazem ainda parte da constituição daquele ordenamento. De resto, a relação de dependência entre as diferentes normativas é evidente para o autor: “Sucedem mesmo que o direito vai buscar muitas das suas normas a ordens normativas diversas, à moral, em tempos antigos até mesmo à religião”.²⁷³

Agora, se nos colocarmos sob alguns domínios do Direito civil, talvez a consideração de tais normativas éticas já não se apresente com tanta relevância ou interesse. É o que depreendemos da separação que Castro Mendes nos apresenta relativamente às normas éticas, por um lado, e às normas técnicas, por outro. Vejamos como a consideração dessas normas se torna relevante para o nosso estudo.

²⁷² MENDES, João de Castro - *Introdução ao Estudo do Direito* – Edição revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa, p.27

²⁷³ MENDES - cit.272, p.27

Quer as normas éticas, quer as normas técnicas, parecem compor o sistema jurídico com necessária aplicação, contudo diferenciam-se. Como afirma Castro Mendes: “A norma ética é uma norma *stricto sensu*: em face da situação x, deve-se seguir a conduta y. E deve-se porque a ordem jurídica o comanda; o ato comandado é para o destinatário da norma um dever; o ato contrário é ilícito e acarreta consigo regra geral uma (verdadeira e própria) sanção.”²⁷⁴. Desde já devemos reter aqui dois conceitos: o conceito de dever e o conceito de ilicitude, que de seguida veremos com mais afinco.

Por agora devemos, no entanto, fazer um ponto de situação para esclarecer que para Castro Mendes os conceitos de Ética, Moral e Direito não se confundem. Num tempo mais remoto, com toda a certeza, teria valido a pena tratar-se a relação entre o Direito e a Moral para solucionar os problemas do Direito. Atualmente, esse exercício torna-se irrelevante ou obsoleto pela limitada forma de relacionamento que apresenta. Já da relação entre o Direito e a Ética parece-nos ter toda a pertinência estudá-la nos nossos dias. A ética é parte do Direito, e dela recebe esta a sua melhor expressão. Como vimos, a norma ética é parte da norma do Direito é norma “*stricto sensu*”, como o autor lhe chama, por isso, devemos tê-la em consideração quando falamos do Direito. Um facto que não pode, aos olhos de Castro Mendes, ser negado sob nenhum aspeto.

Capítulo I - Reconhecimento Ético do Direito:

A Dignidade Humana como Expressão Máxima do Direito

É tempo, portanto, de compreender e elencar os motivos que fazem com que Castro Mendes estabeleça diferenças entre as normas éticas e todas as restantes. É tempo, pois, de estudar a conceção do autor a respeito da problemática do Direito Natural e da sua mais evidente forma de manifestação, a dignidade humana, a qual serve, em sua opinião, para descobrir, também, o perfeito conhecimento do universo jurídico, como parece deixar bem patente o autor.

Temos vindo até aqui a confirmar que o Direito Natural estabelece uma relação com o Direito positivo, seja ela de dependência ou não. Relativamente a este assunto, devemos considerar que para Castro Mendes o Direito Natural deveria constituir o único sistema

²⁷⁴ MENDES - cit.272, p.48

normativo jurídico vigente. Neste sentido afirma: “*Como uma noção de base de direito natural, defini-lo-emos: o direito que devia vigorar. É o conjunto de normas que devia valer como direito, e sobretudo (num sentido restrito, só) aquele núcleo que devia valer como direito em qualquer sociedade humana, por corresponder a algo que em todos existe como algo a respeitar: a dignidade natural do Homem, a «eminente dignidade da pessoa humana».*”²⁷⁵.

Como vemos, na conceção de Castro Mendes, o Direito deveria relacionar-se profundamente com o seu próprio ideal, afinal de contas, é através deste que poderá o Direito encontrar os seus mais sérios valores a respeitar, como é o caso das questões que envolvem os direitos do Homem. Como nos recorda também: “*Uma ideia jusnaturalista que se vem afirmando desde o século XVIII é a da declaração de direitos subjectivos que devem ser reconhecidos em toda a parte a todo o homem, por derivarem da natureza deste. [...] A nossa Constituição de 1976 faz-lhe referência no artigo 16.º [...]*”²⁷⁶.

Os direitos do Homem são, de resto, tema que quase sempre envolve a problemática do Direito Natural. Vemos também como uma certa unanimidade impera entre os autores por considerarem que os Direitos dos homens se constituem em algo que deriva da sua própria condição humana. Ora, se os mais elementares direitos dos homens derivam da sua própria existência, encontrar-se-á, com certeza, um caminho aberto para afirmar a universalidade desses mesmos direitos. No entanto, a questão é polémica.

Quem nos elucida relativamente a esta questão dos Direitos do Homem e do seu pretensão conteúdo universal é, entre tantos outros autores, José de Sousa e Brito.

Explica-nos este autor como o reconhecimento dos direitos humanos não deve depender da vontade dos governantes das nações: “*O princípio democrático é um dos direitos do homem, não é o fundamento deles, é parte da democracia como sistema de princípios, não a fundamenta. Por isso, as declarações de direitos não os fundam nas deliberações democráticas que os aprovam, eles reconhecem-nos como válidos independentemente do reconhecimento e irrevogáveis por deliberações em contrário.*”²⁷⁷ Consequentemente, o Direito deverá estar irremediavelmente condicionado para respeitar o conteúdo dessas mesmas normas que digam diretamente respeito à condição do Homem. A dignidade humana

²⁷⁵ MENDES - cit.272, p.28

²⁷⁶ MENDES - cit.272, pp.30-31

²⁷⁷ Sousa e Brito, José de – *O 11 de setembro, os Direitos do Homem e o Diálogo entre as Civilizações.* - *Direito Natural, Religiões e Culturas* - I Congresso Internacional de Direito Natural - Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p.212

é pois um valor universal a respeitar por todo e qualquer sistema jurídico. Apesar desta proposição não se verificar em todos os tempos e em todos os lugares, ela constitui hoje um valor máximo para algumas comunidades jurídicas. Aliás, vimos com Inocêncio Galvão Teles como a dignidade e a personalidade do indivíduo chegam a fundamentar a finalidade última do Direito que é o “Bem-comum”, justificando-se, assim, a razão de ser de um “mínimo” mas também de um “máximo” éticos.

Mas então, respondendo ao que nos propomos esclarecer, questionamos novamente o que terá um princípio universalmente válido, a ver com a problemática da relação entre o Direito, as normativas Éticas? Por outras palavras, em que é que a dignidade da pessoa humana faz evidenciar a dependência entre as normativas éticas e jurídicas?

Como nos explica Sousa e Brito: “*A igual dignidade das pessoas funda o igual direito a decidir sobre os seus interesses na vida colectiva [...] A dignidade da pessoa humana está ligada à capacidade ou à potencialidade de autodeterminação, de se escolher livremente, distinguindo entre o bem e o mal, e, assim, à racionalidade.*”. Significa isto que um dos corolários do reconhecimento dos direitos humanos como valores universais atinge, precisamente, o reconhecimento da consequente autonomia ética de todos os sujeitos, a qual irá influir nas suas diferentes decisões e valorações, inclusivamente, aquelas que se prendam com a criação das normativas, jurídicas ou de diferente espécie, que regem as suas próprias condutas. Por isso, a dignidade humana é um problema também moral: “*Esta concepção pode ser filosoficamente pensada, como em Kant, como a condição da possibilidade de uma regra moral universalmente válida*”²⁷⁸.

Ora, tal significa que o Direito deve respeitar esta evidente dependência das considerações éticas porque, afinal, ela só existe porque a natureza do Homem manda que ela subsista em qualquer circunstância. Se os homens fazem livres escolhas e este facto acontece devido a uma existente natureza que o proporciona, então, o Direito só tem que respeitar essa mesma realidade.

Se assim é, poderemos nós afirmar que este valor máximo a perseguir pelo Direito não passa, afinal, de um valor moral, uma vez que a Moral, como temos vindo a constatar, é terreno fértil para a formação de livres considerações? Parece-nos, de facto, que esta é a realidade mais evidente que Sousa e Brito nos quer mostrar.

²⁷⁸ SOUSA e BRITO - cit. 277, p.212

De facto, se os preceitos das normas jurídicas traduzem o respeito e a proteção do Homem pela sua condição natural, isto, por si só, já traduz o respeito do Direito pelas normas éticas e morais.

No entanto, poderíamos ainda aproveitar o tema que temos entre mãos para, paralelamente às conceções de João de Castro Mendes, descobrirmos se essa “*regra moral universalmente válida*” de que fala Sousa e Brito que manda pautar a conduta dos homens em função do respeito da própria natureza humana, afinal, se pode dizer mesmo “*universalmente válida*”, porque, se for, então obtemos a confirmação de que o Direito deve impreterivelmente respeitá-la.

Sabemos que na nossa atual conceção, essa regra que manda respeitar a dignidades dos homens se constitui num valor a perseguir. No entanto, isso, por si só, não faz dela uma regra universal, como nos mostra J. Sousa e Brito: “*Os direitos do homem têm, assim, origem histórica na civilização ocidental e têm pretensão universal. Serão mais uma forma de imperialismo ideológico do ocidente? Depende de saber se podem ser igualmente fundamentados a partir de princípios básicos das religiões constitutivas de outras civilizações.*”²⁷⁹.

De facto, para a nossa civilização, os direitos dos homens derivam da sua condição de “Ser Humano”. Esta é uma qualidade física mas também moral e cultural do Homem. Contudo, para outras civilizações a dignidade humana é, como foi em tempos também para a civilização ocidental, ponderável ou dependente de um qualquer sistema religioso instituído nas várias sociedades.

Perante isto, talvez a dificuldade de encontrar um princípio universalmente válido se mantenha inalterável enquanto não houver um consenso entre os indivíduos, não em relação ao respeito por esses direitos, porque essa é uma questão muito mais complexa, mas sim quanto à verdadeira e legítima entidade titular da dignidade humana. Para as civilizações ocidentais, o fundamento para a determinação dos preceitos da dignidade humana está contido nas “mãos” dos verdadeiros e legítimos interessados, - os homens, e assente sobre um princípio de liberdade que a todos é reconhecida. Por isso, o princípio do respeito pela dignidade humana encontra-se salvaguardado não só pelo Direito mas também pelo sistema de valores éticos dos indivíduos.

No entanto, se o comando destes objetivos se encontrar depositado já não no seu legítimo titular mas sim nas “mãos” de um qualquer representante, seja ele, personificado na

²⁷⁹ SOUSA e BRITO - cit. 277, p. 212

figura da Religião, ou, até mesmo, delegado a um qualquer sistema estadual, pretensamente intitulado de “Democrático”, talvez a garantia da defesa integral que se quer sobre esses bens jurídicos não esteja a ser completamente salvaguardada, uma vez que, pelos exemplos que a História nos tem revelado, nem sempre se tem verificado o rigoroso cumprimento desse preceito. Neste sentido, já Mário Bigotte Chorão nos mostrava a importância de assentar a tutela do Direito sobre os princípios dos Direitos Humanos. Dizia o pensador: *“A experiência mostra que a democracia meramente formal ou técnica não assegura a bondade intrínseca das leis: as leis democráticas não são per se boas, só pelo facto de serem democráticas, observa Galán y Gutiérrez com toda a razão. Só a democracia ética, em que o Estado respeite, como critério de legitimidade, os valores fundamentais do direito, poderá garantir a boa legislação.”*²⁸⁰

Por isso, para iniciar e sustentar a consideração universal dos direitos imanes à condição humana, talvez seja recomendável estabelecer esse reconhecimento no seio das próprias comunidades estaduais, como sugere Sousa e Brito: *“o diálogo entre as civilizações começa pelo diálogo dentro da civilização [...] O diálogo é a própria expressão do respeito pelo outro, é o princípio dos direitos do homem.”*²⁸¹

No entanto, o caminho parece fazer-se num sentido equilibrado. Como nos mostra Sousa e Brito, parece existir, entre a comunidade religiosa, um certo fundamento ético validamente universal: *“Na busca de um fundamento ético comum às várias religiões para uma prática de paz à escala mundial, substancialmente coincidente, em minha opinião, com uma civilização universal dos direitos do homem, sobreposta às várias civilizações de base religiosa, o teólogo católico Hans Kung, apoiado pelo Parlamento das Religiões Mundiais reunido em Viena em 1993 e na Cidade do Cabo em 1999, parte da regra de ouro: “não faças a outro aquilo que não queres que te façam a ti”, que é comum a muitas tradições religiosas e éticas do mundo. Eu penso que a regra de ouro é um adequado fundamento dos direitos do homem, porque pressupõe a igual dignidade do outro e de mim [...]”*²⁸² Ora, se assim é, então talvez possamos afirmar que em todos os tempos e em todos os lugares os valores éticos e os princípios morais que se encontram encerrados no respeito pela dignidade humana deverão elencar, sempre, as normas do Direito, porque, afinal, são esses valores e princípios que representam os válidos fundamentos para atingir esse respeito.

²⁸⁰ CHORÃO - cit. 176, pp.177-178

²⁸¹ SOUSA e BRITO - cit.277, p.214

²⁸² SOUSA e BRITO - cit. 277, p.213

Capítulo II - Critérios de Distinção:

2.1- A Obrigatoriedade Moral e o Dever Jurídico

Retornando a Castro Mendes, confirmamos, também, como o autor admite, por princípio, que todo o dever de cumprimento de uma norma jurídica, seja ele por imposição exterior do sistema jurídico ou por imposição interna, determinada pela própria consciência do sujeito, deve ser classificado como dever moral. Tal deve-se à definição da própria estatuição da norma que nos apresenta: “À previsão, antecedente, liga a norma, como consequente a necessidade de uma conduta”; Mais adiante, esclarece também o leitor o seguinte: “A necessidade dessa conduta, em cada pessoa a quem a norma se dirige, chama-se dever ou obrigação, no sentido mais amplo dessa palavra. Assim, o artigo 2.º do Código Civil de 1867 dizia: «Entende-se... por obrigação a necessidade moral de praticar ou não praticar certos factos».”²⁸³. Pela presente definição e sem mais explicações a seu respeito, o autor parece, de facto, querer deixar a nota de que toda a norma jurídica, tomada no sentido estrito, implica o cumprimento de um dever motivado sempre por uma ordem moral ou da “ordem do espírito”, como também lhe chama: “Na verdade, a norma cria para o sujeito uma necessidade espiritual de realizar certa conduta; embora a actividade do homem adstrito a essa necessidade se possa posteriormente traduzir na conformação a ela ou na rebelião contra ela [...] Por isso, o dever é uma necessidade moral, e não física, de certa conduta.”²⁸⁴

Vemos, agora, como João de Castro Mendes se associa a Inocêncio Galvão Teles e aos restantes autores citados para traduzir esta ideia de que o cumprimento da norma jurídica deriva, sobretudo, de um sentimento moral que impele o comportamento dos indivíduos nesse sentido.

Não obstante a existência de outras formas de vinculação da norma existirem independentemente desta forma de “dever”, o autor revela-nos que esta é, de longe, a mais frequente. Por isso, toda a norma tomada num sentido estrito, isto é, “na sua forma primária, fundamental” deverá ser tida como uma norma também moral porque implica um dever. Serve de exemplo deste tipo de normas, conforme já referimos, as que se encontram reunidas no ordenamento jurídico-penal; o autor lembra-nos a este propósito o preceito de “não matar”.

²⁸³ MENDES - cit.272, p.42

²⁸⁴ MENDES - cit.272, p.125

Já quanto às normas classificadas de uma considerável tecnicidade ou formalismo, esclarece-nos o autor que estas normas não devem suportar qualquer valor ético, dado que o Direito não se interessa pela prossecução dos fins a que as mesmas se propõem atingir. O interesse em atingir a finalidade dessas normas não é do Direito mas sim dos particulares interessados na norma, dos sujeitos que querem que determinados fins se realizem através da aplicação das normas jurídicas. A este propósito, o autor dá-nos o exemplo da validade dos contratos celebrados por escritura pública. Como é sabido, a validade dos contratos de compra e venda de bens imóveis obriga a que os mesmos sejam celebrados mediante escritura pública, mas se as partes não cumprirem esse formalismo, tal não trará quaisquer consequências para o Direito, apenas para as partes. Como afirma o autor: *“A conduta não é necessária em absoluto (como «não matar»), mas como meio de realizar certo fim; não constitui um dever mas um ónus.”*²⁸⁵

2.2 - A Sanção Jurídica e o seu Sentido “Impróprio”

Vimos, através de tudo o que já dissemos, como as normas éticas são parte integrante do Direito, chegando mesmo a compor uma boa parte da sua estrutura. Parece que só elas aparentam uma relação verdadeira com o Direito, isto porque, a relação entre o Direito e a Moral parece estar mais estabilizada, não se perspectivando muitos conflitos entre ambos, parecendo que ambos tendem, por vezes, para um mesmo sentido, ainda que por vias independentes. Não há, portanto, grande necessidade de os distanciar. Como afirma o autor: *“A distinção entre direito e moral parece-nos já não constituir hoje um problema de tão elevada acuidade como em tempos antigos. Existe um certo consenso em que a moral tem relevância interior, e se dirige ao aperfeiçoamento e realização do Homem, e o direito relevância exterior, é uma norma de conduta social.”*²⁸⁶

Soba a análise de Castro Mendes, não faz, de facto, grande sentido estabelecer elaborados critérios distintivos entre o Direito e a Moral, as diferentes normativas cingem-se à que agora nos apresenta: *“Pode-se pecar por pensamentos, palavras e obras; não se pode agir ilicitamente só por pensamento (cogitationis poenam nemo patitur). cremos que esta diferenciação de planos é suficiente para distinguir entre moral e direito [...] A não ser que entendamos que há uma moral social, de incidência exterior, caracterizada, por exemplo, por prosseguir o valor Bem (cujo teor seria extremamente difícil de caracterizar), ou Bem*

²⁸⁵ MENDES - cit.272, p.49

²⁸⁶ MENDES - cit.272, p.28

Comum. Nessa altura, a diferença far-se-ia pela nota da coercibilidade (protecção coactiva) das normas jurídicas.”²⁸⁷.

No entanto, há pouco dissemos que dois conceitos eram necessários aqui reter: o conceito de dever e o conceito de ilicitude.

Quanto ao primeiro, já verificamos como a sua importância é determinante para o Direito, pois o dever é parte componente do Direito. No entanto, é precisamente o dever a característica mais premente das normas éticas, e, por aqui, estabelecemos o contacto entre o Direito e a Ética.

Quanto ao critério da ilicitude, é por ele que, ao mesmo tempo que criamos a distinção entre o Direito e a Moral, juntamos, agora pela segunda vez, os conceitos de Direito e Ética. É que a ilicitude é, também ela, uma característica das normas éticas: vimos como a ilicitude correspondia a ato próprio do desrespeito das normas éticas, seguido do respetivo sistema de sanção aplicável: a coercibilidade. Novamente aqui o reafirma o autor: “*Em sentido lato e algo impróprio, a palavra sanção abrange o inconveniente ou desvantagem resultante do desrespeito de uma norma técnica. Nesse sentido [...] é uma sanção (sanção jurídica), embora não corresponda a um ato ilícito, a uma violação de qualquer norma verdadeira e própria (ética imperativa).*”²⁸⁸.

Ora é precisamente por aqui que juntamos a Ética ao Direito. A presença da primeira garante a certeza de que estamos perante uma norma jurídica na verdadeira e completa aceção da palavra. O motivo porque o Direito concede tamanha importância e destaque às normas éticas, o autor não o refere diretamente neste contexto, no entanto, parece-nos que a questão pode ser respondida à luz do problema do Direito Natural já aqui tratada.

Já no que diz respeito à forma como as normas éticas adquirem essa tal relevância jurídica, o autor é claro: é pelo simples reconhecimento do Direito que a mesma se dá, como nos mostra: “*Sempre que o direito garante o cumprimento de uma norma, a reveste de coercibilidade, põe ao seu serviço a força coativa organizada do Estado (tribunais, polícias, etc.) – jurisdiciza essa norma, converte-a em jurídica.*”²⁸⁹.

A compreensão daquilo que se entende por garantia das relações jurídicas torna-se, de facto, muito interessante para o esclarecimento desta relação entre o Direito e a Ética. Como afirma: “*Se não houver a protecção do direito, a relação social não é jurídica. Aquilo que é específico na relação jurídica é a possibilidade de, para além das vontades humanas, se*

²⁸⁷ MENDES - cit.272, p.28

²⁸⁸ MENDES - cit.272, p.64

²⁸⁹ MENDES - cit.272, p.27

recorrer a um sistema de coação organizada e a susceptibilidade da intervenção da força para proteger o interesse juridicamente tutelado.”²⁹⁰

E isto porque: “*Deve desejar-se, na vida, que a força não intervenha e que tudo se passe pacificamente, e, felizmente, é isto que é normal acontecer na vida civil das sociedades civilizadas. Mas tem de estar sempre latente a possibilidade de **protecção**, pela força se preciso for, dos interesses do sujeito activo.*”²⁹¹. Por aqui compreendemos que, apesar de a coercibilidade se constituir numa característica essencial do Direito, e de esta ser a grande causa para a distinção entre o Direito e a Moral, constatamos, no entanto, que, para João de Castro Mendes, o seu recurso é eventual, e mais do que isso, torna-se, como já o referimos, “impróprio”. A sanção jurídica não revela o verdadeiro dever que está por detrás do cumprimento do Direito, pois, como nos diz a regra que acabámos de confirmar com o autor, as “*vontades humanas*” organizam-se livre e pacificamente. Daqui nasce a verdadeira essência do Direito.

Vemos, no entanto, como o Direito se opõe à Moral porque esta não possui a grande característica da ilicitude e da respetiva sanção (coercibilidade) que a acompanha. Para Castro Mendes, o Direito encontra argumentos para se opor a uma Moral vigente, mesmo que se trate de uma Moral de carácter social, contudo, não nega lugar de destaque às normas éticas que compõem grande parte do seu sistema.

Na prática, vemos, também, como o sistema jurídico está repleto de exemplares de normas éticas.

Em jeito de conclusão poderíamos aqui afirmar que o critério da proteção coativa serve para, segundo o autor, estabelecer uma diferenciação entre as normativas da Moral e do Direito, disso não restam dúvidas.

No entanto, a par desta mesma afirmação, o autor transforma também o critério da coercibilidade jurídica no mais evidente indício da dependência da realidade jurídica dos princípios e normas éticas, dada a predisposição dos indivíduos para se guiarem sob o comando dessas mesmas normas e princípios.

Por isso, o critério da coercibilidade jurídica é dúbio quanto à forma de se manifestar. No entanto, deve notar-se que, se falamos da relação entre o Direito e a Moral, sem dúvida que para o autor o critério da coercibilidade é um critério distintivo desses ordenamentos, mas

²⁹⁰ MENDES - cit.272, p.130

²⁹¹ MENDES - cit.272, p.130

se falamos da relação entre o Direito e a Ética, então esse critério não só não servirá para a distinção destas duas ordens de comando, como ainda serve de elo para estabelecer a sua ligação.

Síntese

Concluindo, diríamos que na obra de João de Castro Mendes se encontram reunidas algumas das grandes linhas orientadoras que definem uma relação de proximidade entre as normativas do Direito, da Ética e da Moral.

Desde logo, a consideração das normas éticas como normas “*stricto sensu*” do Direito, vêm garantir o carácter primordial àquelas primeiras normas, concedendo-lhes um estatuto que, até aqui, somente havia sido afirmado pelos autores de um modo indireto, isto é, pela manifestação da importância dos valores do Direito. Com Castro Mendes essa importância é assumida diretamente.

Por outro lado, não devemos esquecer o que aqui repetimos: é que, para o autor o Direito Natural corresponde ao “*direito que devia vigorar*” em todo o sistema normativo. Isto leva-nos a considerar que o Direito Natural e os valores da eminente dignidade humana deverão elencar, na sua opinião, uma respeitável parcela do nosso ordenamento jurídico.

De resto, é a dignidade humana que dá, mais uma vez, fundamento ao propósito regulativo da sociedade, e, por consequência, ao propósito legislativo do Direito. Pelo menos, essa parecer ser a mais correta indicação que nos deixa o contributo de Sousa e Brito para este estudo.

Noutros termos, confirmámos como a obrigatoriedade moral há de constituir-se sempre num dever. Este facto é determinante e ainda não havia sido perspectivado sob tamanha imperatividade. Por isso, perante a conceção que nos deixou Castro Mendes, toda a norma jurídica ou, pelo menos, toda a norma tomada “*na sua forma primária, fundamental*” deverá implicar um dever moral.

Por último a ilicitude do Direito parece revelar-nos o critério que melhor parece indicar o valor ético das normas jurídicas pois, como vimos, o melhor momento para aferir a ilicitude de uma norma jurídica dá-se quando estamos perante a violação de uma norma ética. Afirmar isto é já afirmar muito da relação a estabelecer entre o Direito e as normativas éticas. De resto, a comprová-lo verificámos como a coercibilidade jurídica é critério que se encontra ao serviço da Moral sempre que se justifique a presença de uma qualquer normativa ética. Neste cenário,

o Direito não passa de um intermediário que está ao serviço das diferentes vontades que, entre si, se oponham.

Vistos muito sinteticamente estes aspetos, parece-nos, contudo, que aquele “*sincretismo ético inicial*” de que nos falava Castro Mendes no início deste estudo tem todo o propósito de ser retomado, revistos, agora, todos os aspetos em que se insere a realidade jurídica. No entanto, acrescentaríamos que esse “*sincretismo ético*” apenas faz girar em torno de si uma parte da realidade do conhecimento humano – na parte que nos interessa: o Direito – e, dentro deste, apenas uma parcela: a que a sociedade entender conveniente aos seus interesses.

De resto, a experiência jurídica tem-nos mostrado que assim se deve guiar o comportamento da comunidade jurídica, face aos argumentos que, entretanto, tivemos oportunidade de aqui apontar.

Posto isto, falemos por fim de outros e dispersados assuntos que revelam esta tão problemática e assumida relação ética do Direito.

Título VII - Um Contributo Positivista para a Compreensão da Problemática em Estudo

Tão importante como confirmar a relação que o Direito estabelece com as normativas éticas e morais é saber também das razões que levam alguns autores a não aceitar esta integral dependência do sistema normativo jurídico das normativas éticas, tarefa que temos vindo a realizar ao longo do presente estudo. Por isso mesmo, não poderíamos finalizar tal estudo sem tratar, de alguma forma, como maiores desenvolvimentos, as motivações que levaram certos autores a não admitir ou a excluir a total participação dos valores morais na construção das normativas do Direito. Este estudo é restrito e meramente prático, pois não se coaduna integralmente com o nosso propósito, que é, afinal, descobrir as relações que entre as normativas éticas, morais e jurídicas se estabelecem. Por isso, vamos apenas dedicar a este último estudo algumas breves considerações. Para tal, tomemos o exemplo do pensamento e obra de José Hermano Saraiva.

José Hermano Saraiva é autor de enraizada crítica positivista ao Direito e às relações que este estabelece com normativas de espécies diferentes das do sistema jurídico vigente. A respeito da maior crítica que apresenta à união entre as normativas do Direito e da Moral, José Hermano Saraiva aponta a dialética questão surgida em torno da heteronomia do Direito, por um lado, e da autonomia da Moral, por outro.

Este tema que já foi tratado anteriormente reflete a ideia de que o princípio da Liberdade do Homem encontra os seus limites nas normativas jurídicas que comandam a organização social. Neste sentido afirmava José Hermano Saraiva: *“o processo de integração da pessoa humana no conjunto social desenvolve-se segundo uma linha que vai da autonomia à alienação. [...] A autonomia absoluta tem aliás um mero valor de limite; não só não é possível encontra-la no plano da realidade como até conceptualmente mal se pode conceber, visto que o homem não existe sem mundo e o simples estar no mundo implica alguma alienação.”*²⁹²

De facto, esta ideia de que o homem necessita de organizar-se numa espécie de ordem social é comum e legitimamente interpretada como uma das mais evidentes manifestações do Direito: *“Sem ordem é impossível a vida em comum e sozinho o homem não poderia vencer a natureza agreste e difícil”*²⁹³, dizia igualmente Franz- Paul de Almeida Langhans. Contudo, conforme também vimos, a ordem jurídica não é um valor que se imponha por si, não

²⁹² SARAIVA, José Hermano – *Considerações renovadas sobre um velho problema: a distinção entre Moral e Direito*. Apud Teixeira, António Braz - *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*, p.298

²⁹³ LANGHANS - cit.245, p.82

corresponde a algo que resulte num verdadeiro fim a atingir pelo Direito. A ordem é uma condição do Direito que se impõe ao indivíduo em sociedade na exata medida de alcance de um “equilíbrio universal”, como nos mostrou este último. Essa ordem apenas é conseguida para gerar o reconhecimento dos valores éticos, representados pelos interesses vitais dos sujeitos. Portanto, esta ordem que o Direito exige através das suas normas existe de facto mas o fundamento para a sua existência é largamente discutido entre os autores, conforme tivemos oportunidade de confirmar neste estudo.

António Braz Teixeira esclarece também que a questão da heteronomia do Direito deve ser vista somente como um atributo necessário do Direito, e nada mais. Para este autor o Direito é, como diz, “*uma realidade social heteronoma*” dada a sua exclusiva função visar a imposição de condutas socialmente relevantes. Apenas as condutas que encontrem efeitos nas relações entre os indivíduos interessam disciplinar ao Direito.

No entanto, esta mesma heteronomia justifica-se, ainda, em nome da liberdade do sujeito, isto porque, como nos mostra também este autor, o Direito tem a árdua tarefa de disciplinar condutas sob o pressuposto da liberdade. Para garantir a mais perfeita execução dessa tarefa, o sistema jurídico necessita de munir-se de meios próprios e eficazes, por isso, recorre à força, mas uma força legitimada pelo próprio objeto forçado. Como afirma: “*se o Direito implica necessariamente a liberdade dos sujeitos cuja conduta pretende ordenar ou regular, está também indissoluvelmente ligado à existência de uma autoridade, de um poder exterior, de um poder social [...]*”²⁹⁴, como, de resto, temos vindo a confirmar ao longo do presente estudo.

Contudo, Braz Teixeira não deixa de estabelecer aqui a crucial diferença necessária à compreensão da característica da heteronomia do Direito. Como afirma, é necessário estabelecer a diferença entre o “*núcleo essencial do Direito*”, isto é, aquilo que o Direito é sem si mesmo, e o que constituem os meios de que o Direito se serve para dar a correta execução a essa essencialidade. Note-se ainda que, ao que parece, estes meios não fazem parte da constituição do Direito, são “*estranhos à esfera jurídica e ao mundo do Direito*”, como diz. Caso contrário, não sentiria o autor a necessidade de os colocar num plano diferenciado da natureza do próprio Direito, são, por isso, “*condição de eficácia da ordem normativa*”. O que realmente importa preservar no meio jurídico é, também agora para Braz Teixeira, a liberdade de que todo o indivíduo goza, ainda que estejamos a falar no plano da realidade jurídica. Por consequência, aqueles “meios” do Direito mais não servem do que para garantir

²⁹⁴ TEIXEIRA - cit.3, p.152

o respeito por esse princípio da Liberdade, já que, é esse princípio que constitui a essencialidade ao serviço da qual estão os meios jurídicos.

Em jeito de conclusão disto mesmo, Braz Teixeira afirma ainda: “*Partindo da Justiça como principio, valor ou ideal, o Direito é, pois, o meio de que o homem se serve para alcançar uma adequada ordenação da sua conduta social, com o fim de coordenar o exercício da liberdade de cada um com a liberdade dos restantes, realizando, deste modo, o bem comum da sociedade política.*”²⁹⁵

Assim, só podemos concluir que quem determina os limites da imposição ou da heteronomia do Direito nunca poderá ser uma entidade exterior ao próprio interessado, portanto, só o homem poderá deter o legítimo comando da sua conduta.

Assim é também porque, tal como nos deixou perspetivar Delfim Santos, a realidade humana é complexa e esse facto não é suscetível de ser integralmente formalizado através das normas jurídicas. Como nos explica este autor, o homem não vive para se adaptar a regras, o que sucede é precisamente o contrário: “*A vida do homem consciente não consiste na sucessiva adaptação ao meio, como se teorizou, mas na constante desadaptação a que a sua vida o obriga. (...) O órgão apropriado para isso é o espírito*”²⁹⁶. Ora isto dá-se porque o homem é detentor de uma tendência natural para a libertação, uma tendência natural comum a todos os homens, note-se. Por isso, “*A liberdade é o próprio homem*”, esclarece Delfim Santos no contexto do que acabámos de dizer.

Assim, a total absorção dos contextos da realidade concreta em que o sujeito vive deverá constituir-se na mais perfeita pretensão do Direito, para que, sobre ela, se legisle com legitimidade. Não será de admitir, pois, um Direito que vá contra esta ideia que, no dizer também de Álvaro Ribeiro, corresponde a um Direito sem sentido, ou, como o classifica: “*O direito, que resulta de um esforço humano de voluntariosa rectificação, pela fixidez da linha de mais curta distância; o direito, que pretende situar as pessoas como pontos entre coordenadas cartesianas; o direito, que utiliza o esquadro com o mesmo determinismo que o técnico aplica à sujeição das coisas; o direito pretende em vão imitar a justiça, realizar a justiça, sem jamais passar da potência ao ato e do ato à perfeição.*”²⁹⁷

Por isto, o Direito deve respeitar a complexidade desta realidade porque, afinal, ela é natural e necessária para o homem, como nos mostra, em jeito de conclusão, Delfim Santos:

²⁹⁵ TEIXEIRA - cit. 3, p.159

²⁹⁶ SANTOS - cit.163, p.204

²⁹⁷ RIBEIRO - cit.206, p.209

*“É na ambiguidade que o homem vive, é na oscilação que ele se equilibra, é na incerteza que ele se encontra. É na opção de si que o homem se faz; a existência é produto seu, é obra da sua escolha.”*²⁹⁸

Vemos aqui bem patente um sentido de liberdade coordenador da própria existência humana, também largamente divulgada, entre outros autores, por Álvaro Ribeiro, que nos elucida quanto à importância de voltar o Direito para o próprio Homem, fazendo deste o seu único objeto, em detrimento das relações sociais a que o Direito se vê, por vezes com muita dificuldade, obrigado a regulamentar. *“Com o restabelecimento da ordem filosófica das ciências, com o ressurgimento dos estudos humanistas, das doutrinas personalistas e das investigações antropológicas, foi pouco a pouco sendo reconhecido que a liberdade é a condição normal do direito, porque sem agentes livres não podem os verbos dos textos legislativos ter relações com os respectivos sujeitos, sem agentes livres a lei perde eficácia e vigência.”*²⁹⁹, como afirma ainda Álvaro Ribeiro.

No entanto, esta não parece ter sido a opinião mais defendida por José Hermano Saraiva, uma vez que, este afirma também que a relação intersubjetiva entre os homens resulta de fonte diferente da vontade dos sujeitos. Com isto quer dizer que a autonomia que isoladamente os homens possuem acaba por dissipar-se na relação social. Quando pensa a relação jurídica a expressão é clara: *“O dever deixou portanto de ser um dever moral e passou a ser jurídico, imposto por uma vontade que se não confunde com a das partes; a moral converteu-se então em direito.”*³⁰⁰

E se a vontade de cada sujeito não está representada em sociedade através das normativas do Direito, também a correspondente liberdade que caracteriza o Homem na sua individualidade deixa de existir quando este se coloca sob a alçada do Direito, como afirma Hermano Saraiva: *“Na medida em que é um ser moral, o homem é um ser livre, porque a liberdade é condição da consciência moral; na medida em que é um ser social a liberdade transformou-se num compromisso. É já somente o «direito de fazer aquilo que as leis permitem», segundo a célebre fórmula de Montesquieu.”*³⁰¹

Contra esta ideia de que a Moral está sempre associada a uma espécie de consciência livre dos homens, facto que faz dela algo de distante e diferenciado do Direito, já que este, tão

²⁹⁸ SANTOS - cit.163, p.205

²⁹⁹ RIBEIRO - cit.206, p.220

³⁰⁰ SARAIVA - cit.292, p.298

³⁰¹ SARAIVA - cit.292, p.303

só, tende para a coação das condutas, A. Braz Teixeira mostra-nos que nem sempre aquela primeira afirmação se revela verdadeira.

Não excluindo a hipótese de que as características da autonomia da Moral e a da heteronomia do Direito são instrumentos que nos permitem diferenciar o Direito da Moral, mostra-nos ainda Braz Teixeira como este critério não é, na sua conceção, totalmente eficaz. Como afirma, embora seja essa característica da autonomia da Moral algo que contribui para que os preceitos morais não possam impor-se coactivamente ao sujeito, o que é facto é que, existem várias formas de sancionar quem não adote certos comportamentos moralmente relevantes. É o caso das sanções internas ou, nas palavras do autor, “*íntimas*”, provenientes da própria consciência e das valorações do indivíduo, que não lhes permitem adotar uma conduta contrária aos preceitos da Moral em causa. Igualmente, o caso das “*sanções sociais*”, influenciam o seu comportamento num sentido imperativo e obrigam que o indivíduo pratique o ato que se apresente o mais correto aos olhos da sociedade. Nas palavras do autor, tal forma de levar o indivíduo a adotar certos comportamentos em detrimento de outros constituem-se “*termos tão fortes que podem assumir a forma de uma verdadeira coação moral*”³⁰².

Vemos como o carácter sancionatório que a Moral adota nos permite afirmar que, nem sempre, a moral se quer autónoma e é isso, precisamente, que nos é permitido também contra-argumentar a clássica, e bem conhecida entre nós, heteronomia do Direito.

O autor sobre que agora dedicamos a nossa atenção afirma ainda: “*A conduta conduz à relação, e na medida em que interessa não só a quem a pratica mas também aos outros, a independência de cada um só se pode realizar e exprimir na heteronomia.*”³⁰³

Mas como defender esta ideia de que a norma jurídica interessa ao sujeito do Direito e que a independência do mesmo está salvaguardada se, como vimos o próprio José Hermano Saraiva defender, não existe qualquer forma de representação da vontade individual das partes prevista na norma jurídica?

Apesar de o autor nos elucidar para a existência de duas diferentes formas de liberdade: “*A liberdade de ser em si mesmo está na autonomia, a liberdade de ser em relação é a heteronomia que portanto se confunde com a liberdade objectiva.*”³⁰⁴, o que é facto é que, tal só prova a existência das mesmas, nada nos dizendo quanto à possibilidade daquela liberdade “*de ser em si*” ter reflexos e projecção através da “*liberdade de ser em relação*”. Como tantas

³⁰² TEIXEIRA - cit.3, p.171

³⁰³ SARAIVA - cit.292, pp. 303-304

³⁰⁴ SARAIVA - cit.292, p.303

vezes constatamos, a lei pode ser completamente abstraída das intenções das partes e, muitas vezes, as soluções encontradas para os casos em litígio não servem a nenhuma das partes, no entanto, e não obstante isto mesmo, vêm-se as partes obrigadas a cumpri-las na íntegra. Será este o princípio que se quer seguir com o Direito? Não obstante a problemática agora sugerida, José Hermano Saraiva conclui: *“É ainda neste sentido que a alienação, tal como a entendemos, não é negação do homem, mas reconstrução do homem”*³⁰⁵. Resta saber a que termos levará esta reestruturação da realidade humana.

A concluirmos a presente análise diríamos que o positivismo que é associável à teoria que José Hermano Saraiva aqui defende, e que aqui se procura refutar, revela a clara intenção de afastar as normativas do Direito das normativas da Moral. No entanto, erro mais do evidente sobre que incorre o positivismo e todas as teorias que o perfilhem parece residir nessa vontade do Legislador de se colocar à frente da vontade dos seus legítimos titulares: os indivíduos.

A sociedade não pode ser um pretexto para a subversão do sistema normativo ideal, muito pelo contrário, ela deve procurar realizar este objetivo, como defendeu aqui, entre tantos outros, Inocêncio Galvão Teles. Assim é porque a sociedade não é mais do que o resultado do conjunto dos indivíduos. No todo estão as partes e vice-versa.

Expostas as últimas críticas ao positivismo jurídico, resta-nos confirmar como, através das considerações que se defendem num plano ainda mais simplificado da compreensão da realidade jurídica, o Direito se estabelece em relação com a Ética e a Moral. Estudemos, finalmente, a problemática no contexto dos manuais de Introdução ao Direito do 12.º ano de escolaridade.

³⁰⁵ SARAIVA - cit.292, p.304

Título VIII - Breves Considerações da Problemática Para os Manuais de Introdução ao Direito do 12.º Ano de Escolaridade

Tratar o problema das relações que entre o Direito, a Ética ou a Moral se estabelece, agora sob a iniciada perceptiva concedida pelos manuais de Introdução ao Direito do 12.º ano, permite-nos confirmar como algumas das considerações deixadas pelo estudo anterior se repetem insistentemente.

Temas como o problema do Direito Natural, ou a questão dos direitos humanos são, de longe, os assuntos de que mais comumente se servem os autores destes manuais para confirmar a estreita relação verificada entre o Direito e as normativas éticas. De resto, toda a abordagem inicial que deste tipo de bibliografia recebe o estudante aspirante a jurista acaba por refletir a interdisciplinaridade que do Direito não deve ser apartada. Por isso, e como diria Rogério Ehrhardt Soares, que aqui mais uma vez repetimos, ao jurista *“Não se lhe pede que deixe de ser jurista; apenas que, sendo-o, vá acreditar que a sua missão é mais ampla e mais digna que a de prestar homenagem passiva a tudo aquilo que se fornece como sendo direito.”*³⁰⁶

Façamos, por isso, uma ligeira exposição do conteúdo de alguns desses manuais.

Almerinda Dinis, Evangelina Henriques e Maria Isidra Contreiras são as autoras de um dos manuais que escolhemos para fazer o estudo que agora propomos, não obstante tantos outros existirem com semelhante relevância para o problema que se coloca. Este manual teve a participação e a revisão científica de Jorge Miranda.

No seguimento desta obra, confirmamos como, na senda de autores como Galvão Teles, a matéria proposta aos primeiros estudantes do Direito não parece afastar-se muito do ideal de um Direito Natural. Tal como aquele autor, vemos que também no plano dos estudos introdutórios ao Direito do ensino secundário, a Natureza social do Homem parece considerar-se uma evidência. Uma proposta de visão naturalista do Direito que não deixa de ser considerada, também, pelos autores dos manuais de Introdução ao Direito do ensino secundário. Como afirmam as autoras: *“Na verdade, só através da interacção com os outros homens, da conjugação dos seus esforços, baseada na solidariedade e na divisão do trabalho, o Homem atingirá a sua plena realização.”*³⁰⁷

³⁰⁶ SOARES - cit.210, p.162

³⁰⁷ DINIS, Almerinda / HENRIQUES, Evangelina / CONTREIRAS, Maria Isidra - *Introdução ao Direito - 12.º Ano*, p. 8

De resto, confirmamos como esta mesma ideia de uma natureza social inerente à própria condição humana, está presente noutros manuais de Introdução ao Direito do 12.º ano, como detetamos agora sob o plano de estudo que nos apresenta o autor Orlando Bravo. No mesmo sentido, afirma: *“O homem é, por natureza, um ser social, [...] Exactamente por essa razão, por só poder viver em sociedade (a própria palavra sociedade provém de socius, que significa o aliado, o que auxilia) é que Aristóteles apelidou o homem de animal político [...]”*³⁰⁸, e dele, por natureza, nunca se separa, como nos mostra ainda o mesmo autor: *“S. Tomás de Aquino, grande filósofo italiano do séc. XIII, defendia a tal ponto o carácter social do homem, que considerava haver apenas três casos possíveis de não associabilidade humana: o santo, o eremita ou o sábio que, por razões diferentes, buscavam o silêncio; o louco, por deficiências patológicas; o náufrago, por má sorte.”*³⁰⁹

De facto, parece ser defendido entre a maioria de todos aqueles que sobre estas matérias se debruçam, que a sociedade não corresponde a uma realidade que se imponha aos indivíduos, e, com ela, confirmamos como também o Direito, mecanismo de que a mesma se socorre para desenvolver a sua própria estrutura, não visa impor-se coativamente aos cidadãos. Tal como o Direito não tem legitimidade para se sobrepor à vontade dos seus destinatários, também a estrutura social parece ser desejada pelo indivíduo. Por isso, a par daquelas três hipóteses que nos inúmera S. Tomás de Aquino para nos mostrar como a natureza do homem é social, Orlando Bravo acrescenta *“ainda, a experiencia fornecida por aqueles adultos que, voluntariamente, se afastaram da sociedade, buscando uma solidão total... [acrescenta] se esses adultos podem viver como homens e subsistirem moral e materialmente, é porque vão continuar a utilizar, neste seu novo estado, as técnicas e os comportamentos que lhes foram fornecidos pela sociedade em que antes viveram.”*³¹⁰

Tudo isto se deve porque, de entre uma parcela dos autores, reina a convicção de que o Direito se pauta pelo princípio da Liberdade como tivemos, também, já a oportunidade de contactar neste estudo. Se confirmámos que o Direito nem sequer ousa justificar o seu heterónimo carácter sem ser com base nesse mesmo princípio da Liberdade ou da Autonomia dos sujeitos, como nos mostraram, entre outros, João Baptista Machado ou Delfim Santos,

³⁰⁸ BRAVO, Orlando - *Introdução ao Direito – 12.º Ano*, p.11

³⁰⁹ BRAVO - cit.308, p.11

³¹⁰ BRAVO - cit.308, p.12

não deixamos, no entanto, de constatar que este facto é porposto também às considerações gerais dos alunos do 12.º ano.

Se é verdade que o Direito deve respeitar a “Natureza” dos homens; se o Direito: *“não é um fim em si, pois só pode ser concebido tendo como destinatário o Homem em sociedade.”*, como afirmam as supra citadas autoras, Almerinda Dinis, Evangelina Henriques e Maria Isidra Contreiras, então, a sociedade é condição da existência do próprio Direito, e neste sentido: *“O Direito serve o Homem, e só este facto justifica a sua existência. Os romanos já tinham consciência disto ao afirmarem na sua máxima: «Hominum causa omne jus constitutum est» - O Direito é constituído por causa e para o serviço dos homens.”*³¹¹.

Se assim é, somente isso justificará que também aquela tendência do Direito para a Liberdade é, afinal, reflexo da igual tendência da ordem social. Neste sentido, afirmam ainda: *“A ordem Social é uma ordem de Liberdade, dado que, apesar de as normas exprimirem um «dever-ser» e se imporem ao Homem, este pode violá-las, pode rebelar-se contra elas ou pode mesmo alterá-las [...]”*³¹².

No entanto, também se admite no âmbito dos manuais de Introdução ao Direito do 12.º Ano que esta violabilidade do Direito ou da ordem social não é correspondente à tendência natural dos homens, não obstante se verificar, ainda, com uma indesejada frequência. De resto, é interessante notar como alguns manuais deixam espaço ainda para considerações como as de Alfred Fouillée, que nos motiva para a conceção de um ideal de Direito sem imposições. Neste sentido, afirma este último: *“[...] na sociedade ideal, a simpatia será de tal modo universal que não mais se poderá conceber a possibilidade de uma acção contrária ao interesse de todos, o Direito e a justiça deixarão de precisar de códigos escritos pela mão dos homens; os códigos passarão a estar dentro da cabeça dos homens.”*³¹³. Nada mais do que afirmar a eterna associação entre o Direito, a Moral e a Ética.

Talvez por isso também perfilhem a tese de J. Dias Marques e adotem como necessária esta relação, assumindo-se que: *“à excepção das regras jurídicas que são moralmente irrelevantes, a tendência geral da Ordem Jurídica é fazer coincidir os seus imperativos com*

³¹¹ DINIS / HENRIQUES / CONTREIRAS - cit.307, p.42

³¹² DINIS / HENRIQUES / CONTREIRAS - cit.307, p.9

³¹³ *Apud* DINIS, Almerinda / HENRIQUES, Evangelina / CONTREIRAS, Maria Isidra - *Introdução ao Direito - 12.º Ano*, p.10

os da Moral positiva.”³¹⁴: Por moral positiva entendem as autoras uma moral social definível nos termos gerais que já aqui abordámos.

No entanto, e muito embora no âmbito dos manuais de Introdução ao Direito do 12.º ano também se defenda a existência de uma certa diferenciação entre as normativas jurídicas e as normativas morais, como nos indica Orlando Bravo, a mesma parece revelar-se meramente formal, uma vez que, na base da criação das normas jurídicas estão latentes os objetivos propostos pelas normas morais.

Neste sentido, não obstante considerar-se que as normativas morais procuram “a perfeição do indivíduo, da pessoa como tal, através da prática de virtudes”, e não descurando que as normativas do Direito “propõem e impõem-se aos homens, com vista à perfeição não do indivíduo ou do seu espírito, mas à perfeição da sociedade temporal”³¹⁵, para o autor Orlando Bravo, tal não nos permite, ainda, conceber impedimentos para a formalização de uma relação entre o Direito e as normativas éticas.

A este propósito verificámos oportunamente como a personalidade corresponde a um conceito caro ao Direito. Ora o mesmo se pode dizer das considerações de Orlando Bravo: “Já sabemos que o Direito se dirige à pessoa, à realização dos fins do homem, e não à sociedade, já que esta, embora precise do Direito para se estruturar e subsistir, existe apenas para que a pessoa humana possa realizar plenamente os seus fins.”³¹⁶. Ora se assim é, se, de facto, o Direito se destina ao Homem e não à sociedade, somente nos resta concluir pela indireta relação a estabelecer entre as normativas do Direito e da Moral, pois, o Direito, como parece óbvio, deverá acompanhar a mais completa realização do Homem, e da sua concreta formação ética ou moral.

Neste mesmo sentido afirmam também Almerinda Dinis, Evangelina Henriques e Maria Isidra Contreiras: “a personalidade jurídica é a uma exigência da natureza e da própria dignidade do Homem, que deve ser reconhecida pelo direito objectivo, sendo a condição indispensável para que cada homem, nas suas relações com os outros, realize os seus fins e interesses[...]”³¹⁷.

³¹⁴ Apud DINIS, Almerinda / HENRIQUES, Evangelina / CONTREIRAS, Maria Isidra - *Introdução ao Direito - 12.º Ano*, p.14

³¹⁵ BRAVO - cit.308, pp14-15

³¹⁶ BRAVO - cit.308, P.36

³¹⁷ DINIS / HENRIQUES /CONTREIRAS - cit.307, p.43

Por último, devemos procurar saber como encaram os autores o problema de saber se o Direito Natural corresponde ou não a uma ordem universal e se se pode considerar o mesmo Direito Natural como um ordenamento caracteristicamente superior ao Direito positivo.

Sobre estes aspetos não parece haver consenso, o que traduz, desde logo, a própria disparidade de opiniões verificada entre os vários autores aqui também estudados. Essa regra não parece ser exceção para o âmbito das considerações feitas através dos manuais de Introdução ao Direito do 12.º ano.

Por um lado, o carácter ideal e superior do Direito Natural, tido pelas considerações de certos autores, não deixa esquecer os ensinamentos que já recolhemos aqui. Orlando Bravo não o ignora e transmite-o neste obra que agora nos serve de análise. Neste sentido afirma: *“Sendo o homem um ser racional, dotado de uma inteligência que lhe permite observar, pensar e analisar racionalmente as coisas, admite-se a existência de um direito ideal, universalmente válido, fundamentado na razão humana, dizem uns -, criação de Deus que rege todas as criaturas – dizem outros -, mas que se impõe à natureza humana e que deve ser a base e fundamento de toda a vida social. Esse Direito, chamado natural, deve ser, assim, um modelo ideal proposto aos homens e, como tal, deve ocupar uma posição de supremacia em relação a todos os direitos existentes na sociedade.”*³¹⁸

Perante esta demonstração, é-nos permitido não só ver como o Direito Natural se deve assumir como um ordenamento a considerar na realidade jurídica como defenderia, por exemplo, Bigotte Chorão, autor que, aliás, parece constituir-se mentor das ideias transmitidas neste manual que fazemos agora referência, como, ainda, parece que o Direito Natural se assume como uma normativa de modelo e, por isso, de carácter superior ao Direito positivo, como vimos também defender Inocência Galvão Teles.

No entanto, a divergência de opiniões é, de facto, evidente. Contrariamente à anterior conceção, ao que parece, o Direito Natural também pode ser concebível sob um sentido buscado nas próprias condicionantes histórico-temporais, algo bem diferente do carácter ideal que há pouco se defendia.

A base de que partem autores como Cabral de Moncada, A. José Brandão, Batista Machado ou Castanheira Neves, entre outros, onde o Direito Natural se assume, nitidamente, com todo o seu carácter existencialista, também as autoras Almerinda Dinis, Evangelina Henriques e Maria Isidra Contreiras defendem que *“o Direito Natural de hoje não é igual ao*

³¹⁸ DINIS /HENRIQUES / CONTREIRAS - cit.307, p.42-43

de ontem”. Neste sentido defendem que se trata de um Direito Natural estabelecido de acordo com uma certa “*natureza das coisas*”, como também defenderiam tantos outros autores aqui vistos.

Por isso, assumem aquelas autoras que o Direito merece ser perspetivado sob um pretexto naturalista mas enraizado nas condicionantes histórico-sociais, não esquecem as mesmas que a tão desejada estabilidade e segurança jurídicas apenas são possíveis á luz de uma teoria que defenda um sentido do Direito buscado na “*natureza das coisas*”: “*Nos dias de hoje verifica-se uma revivência do Direito Natural, pois são abundantes as vozes que reclama o regresso à «natureza das coisas», e várias são as manifestações de ressurgimento, na lei e na doutrina, da ideia de Direito Natural.*”

Não obstante não se admitir a universalidade dos valores, pois estes parecem ser variáveis consoante os povos, uma certeza de admite porém: a de que subsistirá sempre a presença dos valores no seio dos interesses das comunidades, como defendem as autores do anterior excerto: “*O Direito Natural aparece-nos hoje longe da intemporalidade e da historicidade das antigas teorias jusnaturalistas*” tal não invalida que “*em todas as sociedades os homens podem encontrar um conjunto de princípios, que tomam como ponto de referência, para as suas condutas.*”³¹⁹ e isto é já afirmar algo de universal.

A este propósito, Orlando Bravo revela-nos a pertinência de se falar dos direitos do Homem e da urgência de se não permitir que o intérprete do Direito tenha qualquer legitimidade para, neste campo, como em tantos outros também, sobrepor a sua vontade à realidade dos homens, quando procura, através dessa interpretação, acrescentar à realidade jurídica um sentido diferente daquele que é inerente à própria “*natureza*” dos homens.

O exemplo dos direitos fundamentais do homem é, de resto, tema recorrido pela maioria dos autores dos manuais de Introdução ao Direito e usado para exemplificar a verdadeira aplicabilidade do Direito Natural sobre a realidade jurídica.

Por isso, Orlando Bravo serve-se das palavras R. Siches para dar a conhecer aos iniciados do Direito o motivo porque, na maioria das vezes, o jurista tem de se mostrar complacente com a ordem da “*natureza das coisas*”. Diz-nos então o pensador: “*Obviamente, quando se fala dos «direitos do homem», com este vocábulo «direitos» não se pensa o mesmo que se tem em mente quando nos referimos aos direitos do comprador conforme o Código Civil vigente, ou aos direitos políticos do cidadão de acordo com a Constituição de um certo país. Pelo contrário, pensa-se noutra coisa, e, sobretudo, num plano diferente do Direito*

³¹⁹ DINIS / HENRIQUES / CONTREIRAS - cit.307, p.50

positivo. Pensa-se numa exigência ideal, a qual se formula verbalmente dizendo «todos os homens têm o direito – por exemplo – à liberdade de consciência», o que não exprime um direito subjectivo no sentido técnico destes vocábulos, isto é, com possibilidade de o fazer valer mediante o auxílio dos órgãos jurisdicionais e executivos do Estado. Significa que o Direito positivo, toda a ordem jurídica positiva, por exigência ideal, por imperativos éticos, deve estabelecer e garantir nas suas normas, a liberdade de consciência.»³²⁰.

Ora, como acabamos de confirmar, o que legitima este reconhecimento surge, precisamente, da necessidade de reconhecimento do Direito objetivo de características éticas, isto porque, como nos conta o supra citado autor, o reconhecimento da dignidade humana, na qual se enquadra o reconhecimento do princípio da Liberdade de todos os homens, não deve ser perspectivável apenas ao nível de uma qualquer disposição de um qualquer outro direito subjectivo, deve antes chegar ao reconhecimento de todo um ordenamento jurídico.

Será, pois, por via deste reconhecimento que se exige aos futuros juristas, iniciados nesta descoberta do real sentido do Direito, que compreendam que o Direito, apesar de se constituir numa normativa de comando, não deixa, por isso, de depender de condicionantes que não estão subjugados ao seu domínio disciplinar. O Direito Natural e as normativas da Ética são um excelente exemplo dessa descoberta, conforme acabámos de confirmar.

Concluindo, e não obstante termos recorrido a apenas dois exemplares dos manuais de Introdução ao Direito para aferir a realidade das relações que o Direito estabelece com as normativas da Moral ou da Ética, parece-nos, contudo, que também no âmbito das primeiras considerações do Direito, propostas a todos aqueles que queiram conhecer a realidade jurídica tal como ela é, não pode deixar de se assumir a idealidade do Direito, perseguida aqui pela relação íntima entre esse ordenamento e os preceitos éticos.

E tal como o podemos aferir no estudo anterior, também agora o Direito Natural toma proporção no estreitamento dos laços dessa relação que entre o Direito e as normativas éticas se procura estabelecer. Isto deve-se porque, tal como já constatámos tantas vezes, existe a tendência do sujeito-cidadão para cumprir com a ordem estabelecida, mas uma ordem que é inerente à sua própria natureza, daí o princípio da Liberdade se constituir, para muitos, no princípio ordenador da determinação das normas jurídicas.

Daí, também, ao Direito se deva conotar um certo sentido ético, que não poderia deixar de ser perspectivável pelos mais novos “guardiões” do verdadeiro sentido do Direito. Por isso

³²⁰ Apud - BRAVO - cit.308, p.39

se justifica que o tratamento do problema das relações entre o Direito, a Ética e a Moral tome forma, desde logo, numa aproximação inicial desse vasto conceito que é o Direito. Estudá-lo parece agora verdadeiramente fundamental para compreender algumas das mais complexas aceções da realidade dos homens.

CONCLUSÕES:

Passemos, finalmente, nesta fase última de elaboração do nosso trabalho, às teses³²¹ que, no decorrer do mesmo, se revelaram essências à compreensão da relação entre o Direito, a Ética e a Moral. No seu seguimento é importante subdividi-las nas seguintes categorias de apresentação:

- 1 - Teses quanto ao enquadramento do problema;
- 2 – Teses quanto às questões fundamentais a tratar na relação;
- 3 – Teses quanto aos elementos de identificação e de distinção da relação;

Seguindo estas coordenadas, vejamos quais as conclusões a obter do estudo que acabámos de apresentar.

1 - Teses quanto ao Enquadramento do problema.

No âmbito desta primeira abordagem conclusiva cumpre-nos responder a duas grandes questões centrais: A primeira é identificável como o problema de saber quais são, perante a atual conjuntura das concepções jusfilosóficas, os limites da definição de uma relação a estabelecer entre o Direito, a Ética e a Moral; A segunda questão já implica que, no seguimento da anterior questão, se saiba identificar o ponto de que partem as diversas teses para afirmar aquela relação.

Quanto à primeira questão, devemos dizer que ela corresponde ao tema central que subjaz à relação entre o Direito, a Ética e a Moral. As teses que se apresentam em sua resposta afirmam, maioritariamente, que o problema das relações entre o Direito, a Ética e a Moral é um problema coincidente com o problema do sentido axiológico do Direito. É, portanto, no âmbito do sentido do Direito que devemos encerrar os limites da relação entre o Direito, a Ética e a Moral.

Reconhecer que o Direito comporta nas suas normativas os valores que sustentam os pilares de uma estrutura diferente da sua, é reconhecer que o Direito se perspectiva em relação, é reconhecer que o Direito se perspectiva de dentro para fora e de fora para dentro. Neste sentido, as teses que aqui se procuram explanar admitem que o problema das relações do Direito com as normativas éticas e morais é um problema axiológico.

³²¹ O presente modelo apoia-se no livro Canotilho, José Joaquim Gomes - *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p.473 e ss

Quanto à segunda questão que aqui se coloca, com ela visamos conhecer as reais e diferentes teses defendidas pelos autores, e, assim, distinguir se, entre todos, a relação do Direito com as normativas éticas deriva de um princípio que o estabelece como tal, ou se, por outro lado, essa relação somente advém da proveniência de casos contados, e em resultado das necessidades espaço-temporais da aplicação do Direito? Neste sentido, as teses que se apresentam neste estudo revelam já uma maior disparidade de opiniões entre si. Não podemos agora falar da totalidade dos autores mas sim referenciá-los um a um.

As teses que admitem que o Direito é, por regra, um sistema operativo de valores terão, necessariamente, que admitir o pressuposto de que o Direito parte e tende para a Moral, ainda que só numa parcela das suas realizações. Por outro lado, as teses que, contrariamente a estas, somente admitem a relação eventual entre o Direito e a Moral são teses que tendencialmente excluem a Moral do campo de acção do Direito. Não podemos olvidar, contudo, que o culminar desta acção gera a defesa da teoria de que o Direito se identifica somente com a sua realidade normativa, dando assim origem à defesa do chamado positivismo jurídico.

2 – Teses quanto às questões fundamentais a tratar na relação.

Concluir o presente trabalho implica reconhecer as questões ou os assuntos essenciais por quais passa esta relação que aqui procuramos conhecer. O que aqui se visa identificar são os elementos ou realidades do conhecimento através dos quais se manifesta a relação Ética-Direito. Sob este aspeto, destacam-se o tema do Direito Natural e da Justiça.

Tratar temas como a origem do Direito, ou a legitimidade do mesmo, são assuntos que, dizendo respectivamente respeito àquelas duas realidades, nos permitem compreender e reforçar a ideia de que o Direito estabelece, um parentesco com a Ética e com a Moral.

Daí serem aqueles dois temas, entre outros que aqui se fizeram referência, os elementos chave pelos quais, necessariamente, passa a abordagem da problemática relação entre o Direito, a Ética e a Moral.

3 – Teses quanto aos elementos de identificação e de distinção da relação.

Ainda sob o propósito de analisar as questões que se revelam essenciais à relação do Direito com a Ética e a Moral, percebemos que os mecanismos de avaliação da problemática passam por encontrar um conjunto de critérios que visam medir a possibilidade de conciliação do Direito com a Ética e com a Moral. Constatamos, no entanto, que esses elementos servem igualmente para identificar a relação.

Neste sentido, façamos a análise final destes três grandes aspectos que nos permitem concluir o estudo das relações entre o Direito, a Ética e a Moral.

1 - Teses quanto ao Enquadramento do problema

O presente estudo permitiu-nos compreender, antes de tudo, que não se encontra excluída da doutrina jurídica portuguesa contemporânea a possibilidade de se afirmar a relação entre o Direito, a Ética e a Moral. A comprová-lo temos as complexas atribuições que o sentido do Direito comporta e que o levam a estabelecer contacto com as realidades em que a Ética ou a Moral exercem forte influência. Falamos, pois, do campo de realização axiológica do Direito. Este constitui para o presente estudo o mais evidente indício da presença física das normativas éticas no seio da realidade jurídica. Deste facto, partimos para a afirmação de uma relação entre o Direito, a Ética e a Moral.

Crentes nessa possibilidade, verificámos como a essência do Direito, afinal, está contida muito para além dos seus limites normativos, extravasa-os, até chegar a considerações de valor. O Direito persegue valores que garantem, por sua vez, todo o seu conteúdo, sentido e orientação.

Relembrando a teoria de João Baptista Machado, a tutela do Direito determina-se única e exclusivamente mediante a ponderação de valores, sinal indicativo da presença ética no Direito.

Neste mesmo sentido, já António José Brandão afirmava o Direito como um princípio criador de realidades axiologicamente reconhecidas. O valor representa-se, finalmente, como objecto criador e objecto criado do e pelo Direito. Valores que se transformam em valores jurídicos, e que para as considerações de António José Brandão representam valores vinculativos da vontade.

Poderíamos aqui até considerar que estes argumentos invalidam a representação da liberdade dos indivíduos e que, por isso, a Moral não se encontra corretamente representada, uma vez que esta se quer sempre de acordo com a livre escolha dos indivíduos. No entanto, vimos que os valores de um Estado, ou de uma comunidade que o Direito tem a função de representar, não devem estar em desacordo com a vontade dos elementos desses grupos.

Se quiséssemos condensar todos estes valores jurídicos do Direito diríamos, como A. José Brandão, que o “*Bem-comum*” representa a verdadeira acepção ética que o sistema

jurídico pode comportar. O “*Bem-comum*”, na qualidade de fim último a perseguir pelo Direito, representa, ao mesmo tempo, a qualidade ética que sempre se reclamou do Direito.

Um “*Bem-comum*” que no dizer de João Baptista Machado é contrário a qualquer referência de *comando* ou de *imperatividade*, já que estas elencam, como relembramos das suas palavras, um conjunto de características que correspondem a “*uma categoria à parte*” da realidade do Direito.

Em última e derradeira instância, é o sentido transcendente ou transpositivo do Direito que faz com que toda a projeção ética do Direito aconteça; “*pura e simplesmente absurdo*” seria o facto de não podermos conceber um organismo tão complexo como é o Direito junto das considerações que mais interferem com a realidade dos homens, e a qual cabe ao Direito disciplinar legitimamente. É pela necessidade de se ver representada a realidade ética dos sujeitos, que o Direito justifica o seu sentido transpositivo, como relembramos das teses de António Castanheiras Neves.

Um “*Dever-ser*” nas palavras de Fernando José Bronze, o Direito é expressão de “*intenção de valor e de sentido*”.

É sobretudo a plenitude e a integridade do Direito que está em causa se não seguirmos o pressuposto de que o Direito se quer para além da realidade positiva dos factos.

No entanto, curiosamente, não podemos deixar de constatar que esta é a realidade mais premente dos sistemas jurídicos contemporâneos. A tese de que a Ética e a Moral se encontram apartadas do Direito é aceite, mesmo, entre os autores que corroboram a teoria de que o Direito positivo deve ser buscado em relação direta e permanente com os seus mais elevados princípios, isto porque, reina cada vez mais entre os homens aquele “*relativismo ético*” para o qual já Mário Bigotte Chorão remetia todos os “*males*” do Direito, os quais o que só sabem contribuir, no dizer do autor, é para a “*abolição do homem*”.

Talvez por reconhecer esta realidade é que Inocêncio Galvão Teles nos remete para a tese de que o Direito deve ser estabelecido em diálogo com a Moral mas com a cautela do princípio da não ingerência mútua nos assuntos próprios de cada realidade.

E é neste sentido que obtemos o retorno aos valores éticos do Direito, mas já com o conhecimento de causa de todos os perigos que se lhes podem ser associáveis. São autores como Bigotte Chorão ou Castro Mendes que nos mostram, ao lado de outros autores como António Braz Teixeira ou Paulo Ferreira da Cunha, como a pertinência de distinguir a Moral da Ética é viável à melhor compreensão das relações do Direito.

Os dois primeiros autores têm ainda a grande particularidade de nos mostrarem que a realidade do Direito hoje está muito mais dependente da Ética do que da Moral. Aliás, no dizer de Castro Mendes, as verdadeiras normas, aquelas que podemos designar normas “*stricto sensu*” do Direito, são essencialmente normas éticas, o que reforça o seu carácter sempre presente na realidade jurídico.

Nestes termos, devemos passar à consideração dos diferentes pontos de partida que levam os autores a afirmar a relação do Direito com as normativas éticas. Distinguir se esta relação é um princípio a seguir por toda a norma jurídica ou se, contrariamente a isto, a mesma ocorre no seguimento das contingências do caso concreto é tarefa que só podemos realizar indiretamente, isto é, através da análise das questões fundamentais a tratar na relação, o que veremos no próximo ponto.

2 – Teses quanto às questões fundamentais a tratar na relação

Num segundo quadro de consideração, compreendemos que um conjunto de teorias se nos apresentam em tratamento das questões fundamentais da relação entre o Direito, a Ética e a Moral, as quais nos permitem afirmar, ao mesmo tempo, a presença de alguns elementos identificadores da relação. Esta última parte deve ser elencada na terceira categoria das nossas considerações, pelo que dela trataremos no próximo ponto. Por agora, vejamos quais as questões fundamentais a tratar na relação.

Sob a presente perspectiva percebemos, desde logo, que é pela abordagem de assuntos como, por exemplo, o Direito Natural, que nos é permitido obter uma base sólida onde assentar a aceção ética das normas jurídicas. A presente afirmação colhe reflexos em quase todos os autores aqui citados, pois, muito embora se apresentem variáveis quanto à verdadeira essência do Direito Natural, num ponto se encontram todos para afirmar a influência de um ordenamento paralelo ao Direito positivo, facto que corrobora as teses apresentadas no nosso anterior conjunto de conclusões.

Teses mais clássicas se afirmam neste estudo para demonstrar que os valores do Direito Natural que garantem, por sua vez, legitimidade ao Direito, derivam, em boa parte, da natureza humana. A razão de ser de toda a produção normativa assenta sobre a essencialidade ou natureza humanas. Daí, também a possibilidade de afirmação da equilibrada união entre o Direito positivo e o Direito Natural.

Neste primeiro grupo de considerações recordemos, essencialmente, a tese de Mário Bigotte Chorão. No entanto, não podemos deixar de incluir também as considerações de João Baptista Machado, Inocêncio Galvão Teles ou João de Castro Mendes.

Para Baptista Machado porque, como vimos, o Direito natural toma o sentido de “*lei de vida e de evolução da sociedade*”. No entanto, não podemos ignorar que esta natureza é uma natureza cultural e não física. Não defendendo integralmente, como Bigotte Chorão defende, a possibilidade de afirmar um sistema normativo assente nas “*res divinae atque humanae*” que, na expressão que vimos Kelsen traduzir, é compatível com a ideia de que as normas “*já nos são dadas na natureza anteriormente a toda a sua possível fixação por actos da vontade humana*”, na senda de Erick Wolf, Baptista Machado não exclui, no entanto, a concepção de um Direito Natural de conteúdo, ao mesmo tempo, imutável e positivo.

O mesmo se considere a respeito da obra de Inocêncio Galvão Teles, pois, se se defende que a Sociedade e as relações que dela derivam são um produto da própria natureza dos homens, isto tão-somente vem querer afirmar que o Direito é produto também de condicionantes intemporais ou permanentes. Contudo, não esqueçamos que o que tratamos aqui é produto da cultura. Apenas neste sentido podemos afirmar que para Inocêncio Galvão Teles o Direito disciplina as relações sociais de acordo com os pressupostos de um Direito Natural, dado que, inerente às mesmas relações sociais subjazem valores que antecedem os próprios acontecimentos históricos.

A par das considerações de João Baptista Machado e de Inocêncio Galvão Teles incluiríamos ainda as teses de João de Castro Mendes o qual remete o problema do Direito Natural essencialmente para a “*natureza humana*”, o que denota, como vimos, um interesse pelos clássicos conceitos do Direito Natural.

Por outro lado, também não podemos ignorar que a positividade não é, como nos mostrou aqui Rogério Ehrhardt Soares, uma “*capitulação*” dos valores pela realidade histórico-social, mas tem o seu lugar definitivo nas considerações do Direito, como, de resto, nos fizeram mostrar as teses de tantos outros autores aqui comentados.

Entretanto, já que falamos das condicionantes histórico-temporais vimos também como outros autores apostam essencialmente na busca dos valores do Direito que delas derivam. Neste segundo grupo, integramos não muito rigorosamente, pois não é pretensão deste estudo estabelecer categorias, as teses que se opõe ao clássico jusnaturalismo e que, em síntese,

elencam as teorias de Luís Cabral de Moncada, A. Castanheira Neves, e ainda, A. José Brandão e Baptista Machado atendendo aos limites que estabelecemos.

Nesta acepção compreendemos que o sentido último do Direito é transcendente à sua realidade, dado que os valores que visa o mesmo perseguir são sempre procurados através de um ordenamento que lhe é paralelo, o ordenamento do Direito Natural. Contudo, esses mesmos valores, afinal, são colhidos através da mesma realidade física e concreta que o Direito positivo visa disciplinar, daí a enorme e complexa relação que entre os ordenamentos natural e positivo se estabelece.

Daí que também se possa aferir que, em qualquer dos casos, e não obstante as divergências verificadas, o Direito demonstra a sua validade ética, ainda que esta possibilidade esteja dependente de condicionantes e que não seja salvaguardada como valor universal, como acontece para aqueles que defendem os princípios do clássico jusnaturalismo.

Concluindo ainda sobre as diferenças que se estabelecem entre as diferentes perspetivas do Direito Natural verificamos que as mesmas nos indicam os pontos de partida para a afirmação da relação entre o Direito, a Ética e a Moral. Vejamos como.

Se assentarmos como válida a primeira posição e concebermos que os valores do Direito Natural decorrem dos valores universais, em tudo resumidos na iminente dignidade da pessoa humana, então é fácil demonstrar a relação de dependência entre o Direito e a Ética e tomá-la como um princípio a seguir no âmbito da produção normativa. Somente quando está garantido o pressuposto da dignidade da pessoa humana, porque este é o único critério que interfere para o livre decidir dos homens, é que o Direito ganha todo o seu propósito e legitimidade. O discernimento ético revela-se, nestes casos, condição da aplicação do Direito.

Por outro lado, se entendermos que os valores a perseguir pelo Direito positivo, afinal, não podem prescindir do que é real e concreto, como acontece com o segundo grupo de considerações, então, é com essa realidade que as normas do Direito se devem preocupar. No entanto, note-se, que também neste segundo cenário não podemos deixar de constatar o carácter ético do Direito, não obstante a possibilidade da sua verificação ser muito mais dispersa comparativamente à situação anterior.

A este respeito, lembremo-nos dos muitos autores que não deixam de perspetivar a realidade histórico-cultural, mais concretamente, o sistema jurídico-comunitário, como uma realidade de valores, facto que faz da sociedade uma realidade também eticamente perspectivável. Como defenderia Inocêncio Galvão Teles, o “Bem-comum” que se visa atingir

através do Direito é, também ele, um objetivo ético porque os valores da sociedade são produto dos valores dos homens.

Neste cenário, também nos mostra F. José Bronze como o sentido do Direito deveria ser orientado para um certo “dever-ser” que é, afinal, procurado através da intersubjetividade dos sujeitos, intersubjetividade essa que mais não é do que a representação dos valores que resultam do reconhecimento das pessoas como pessoas, portanto, reconhecimento ético do Direito. Bastar-nos-ia lembrar, ainda, a este propósito do conceito de “*comunidade de comunicação ideal*”, ou de “*direito em devir*”, lembrada na obra de A. Castanheira Neves e F. José Bronze, para compreender, precisamente, como a sociedade depende do indivíduo e o indivíduo depende da sociedade. Por isso, também essa intersubjetividade de que fala F. José Bronze, chega a ser considerada uma característica inerente à natureza do sujeito.

Tanto mais que da consideração da experiência dos homens verificável caso a caso resulta a mais perfeita eficácia das normas jurídicas, como já Cabral de Moncada nos fazia ver. Ora, isto somente prova como os preceitos do Direito decorrem diretamente dos homens e da intersubjetividade concertante que entre eles se estabelece.

Ainda a respeito deste assunto do Direito Natural, não podemos deixar de relembrar o seguinte aspecto.

Colocando de lado o que separa as divergentes perspectivas e porque um Direito Natural de conteúdo universal pode, por vezes, confundir os espíritos mais elucidados dos valores a considerar pelo Direito positivo, como nos lembra neste estudo Paulo Ferreira da Cunha, ou ainda porque o Direito natural é hoje concebido como um “*paradigma*” como nos mostrou A. José de Brito, talvez tenhamos que considerar aqui um meio termo para a admissão da relação entre o Direito e as normativas éticas.

Por estas e outras razões que acabámos de apresentar, algumas teses admitem neste estudo que uma das soluções possíveis para estabelecer a relação entre a positividade do Direito e a inalterável característica de determinados valores dos indivíduos passe pela correspondência entre os conceitos de Direito Natural e de “*natureza das coisas*”. Uma espécie de submissão do Direito positivo à “*natureza das coisas*” é de admitir em teses como as que Mário Bigotte Chorão ou Inocêncio Galvão Teles defenderiam.

Note-se, no entanto, que deixámos bem claro que para o primeiro autor esta realidade nunca deverá ser confundível com a realidade do Direito Natural. Vimos que para Bigotte Chorão o Direito Natural não se confunde com o Direito Positivo, no entanto, como

igualmente confirmámos, tal não invalida que ambos se estabelecem em comunhão. A “*natureza das coisas*” é agora um excelente representante desta possibilidade. Fica apenas aqui mais uma referência para a possibilidade de afirmação ética do Direito, ainda que definida em termos mesclados como os que agora se apresentam.

Outro dos grandes temas que serviu ao esclarecimento da nossa problemática prendeu-se, como vimos, com a temática da Justiça, especialmente, no que diz respeito à diferença que separa uma Justiça universal de uma Justiça particular.

Vimos como a tendencial preocupação com uma Justiça particular, imbuída das particularidades do caso concreto, nos levaria a afirmar o afastamento do Direito do seu ideal de Justiça universal, facto que, por sua vez, desvendaria a iminente negação da ideia de um sistema jurídico criado e pensado em comunhão com as normativas da Ética e da Moral. No entanto, e não obstante as diversas opiniões formadas neste contexto, vimos como a Justiça particular pode também ser perspectivada em comunhão com os ideais de uma Justiça Universal.

A diferença estabelecida entre as diferentes formas de Justiça e a preponderância da Justiça particular não são, necessariamente, critérios indicadores de uma total aniquilação dos preceitos da Justiça Universal do campo de realização do Direito.

Seja mediante um “*mínimo ético*”, como nos propõem a maioria dos autores, seja mediante a mais completa forma de perspetivar a Justiça, tomando-a sob a forma de “*justiça virtude*”, como nos propõe Bigotte Chorão, os valores universais da Justiça, que são também valores éticos, não deixam, definitivamente, de interferir no sistema de aplicação do Direito.

Teses se afirmam a favor da ideia de que a transpositividade da Justiça é um valor premente da realidade jurídica. Nesta senda encontramos o conceito de “*trans-inteligibilidade da capacidade humana*” proposto, neste estudo, por A. José Brandão resultante da evidente afirmação de que nem só da Justiça do caso concreto poderá o Direito sobreviver. A Justiça é transpositiva, como vimos, por isso o sistema ordenador que a acompanhe deverá estar para além das contingências e valorizações do caso concreto. O Direito não trará, com toda a certeza, grandes objecções a esta regra.

Igualmente, neste sentido, Braz Teixeira e Adelino Maltez mostra-nos como a Justiça particular ou dita “Justiça distributiva” constitui, ela mesma, um preceito ético.

Curiosamente, quando Bigotte Chorão nos fala daquele conceito de “*justiça-virtude*” vemos em tudo a semelhança que se estabelece entre a sua definição e a que nos deixa o legado de Ulpiano para a Justiça, a qual é também a mais adotada entre os autores estudados.

Como diriam a este propósito Delfim Santos ou A. José de Brito, a Justiça é um valor superior e a ética influi através dela, imprimindo o caráter ético e moral que se lhe deve reconhecer.

O princípio da “*unidade da ordem ética*” de que nos fala Bigotte Chorão é indicador do que agora se afirma e contribui, também ele, para a manutenção da ordem social, sendo critério da eficácia do Direito e da manutenção do estado de Direito e de Justiça.

A tese de que os conceitos de Justiça e Paz resultam da junção dos elementos “Justiça Universal” e “Justiça particular” vem a ser igualmente aceite por António Castanheira Neves. De resto, na obra deste autor perspectivamos o lugar de destaque atribuível à Ética como um dos três pilares da constituição do Direito. Afirmar a “*dignidade do sujeito ético*” corresponde à tese que não nos permitiria excluir da obra e pensamento de Castanheira Neves a qualidade ética do Direito.

Posto isto, passemos aos exemplos práticos desta possibilidade de relacionamento.

3 – *Teses quanto aos elementos de identificação e de distinção da relação.*

Em terceiro e último lugar, devemos passar a consideração das teses que nos apresentam os elementos que acolhem ou que afastam das relações do Direito a influência das normas éticas.

Dos critérios mais reconhecidos destacam-se, como vimos, o critério do “*mínimo ético*”. No entanto, de todos os autores citados, vimos que nenhum deles se opôs à possibilidade de o Direito ser encarado como uma espécie de ordenamento ético das condutas. Ainda que em dose “mínima”, subsiste a tese de que o Direito deve estar em harmonia com os valores e aspirações daqueles que se vêm obrigados ao cumprimento do estipulado nas normas jurídicas, ainda que esse reconhecimento passe pelo “silêncio” das suas normas, não querendo, com isto, fazer referência a qualquer lacuna normativa do Direito. A ausência de pronúncia do Direito acerca de um aspecto ético pode ser perspetível como uma forma de reconhecimento ético.

Por outro lado, subsistem teses como as de Mário Bigotte Chorão, que vêm conceber toda a relação que entre o Direito e a Moral se estabelece sob o primado desta última. Não obstante a diferença ontológica que os separa, Direito e Moral garantem-se a mútua eficácia, e

este é um dado importante a reter. Daí talvez recuse Bigotte Chorão a característica do “*mínimo ético*” comumente aplicável ao Direito e adote, ao contrário, o princípio da “*unidade da ordem ética*” para identificar melhor a relação que entre o Direito e a Ética se estabelece.

Confirmada, na prática, a ineficácia de alguns dos critérios de distinção apontados, muitos autores, como seja o caso Inocêncio Galvão Teles, consideram atribuível ao Direito, a par daquele “*mínimo ético*”, também, um “*máximo ético*”. A absorção integral do conteúdo das normas morais que o Direito disciplina revela o respeito que este ordenamento dedica às demandas da Moral. Exemplo mais premente dessa realidade, vimo-lo através do conceito de “Bem-comum”. O “Bem-comum”, ao contrário do que poderíamos considerar, revelou-se um indicador do caráter ético do Direito, pois, através dele, influem todas as vontades e aspirações particulares dos sujeitos, identificáveis por todos como suas. Daí que também o caráter imperativo das normas jurídicas não possa vir a constituir-se numa característica verdadeiramente atribuível ao Direito.

Outra tese que subsiste neste estudo é a de que a característica heteronomia do Direito não corresponde a um critério seguro que nos permita aferir a distinção entre este ordenamento e as normativas éticas. A justificar esta realidade encontramos a teoria que nos diz que a grande parcela de normas jurídicas se aplica de acordo com a vontade dos seus destinatários. A justificar esta pacífica relação do Direito encontramos a tese de que a toda a norma é inerente um princípio ético.

No fundo, tratar esta questão implica tratar o problema da distinção entre os conceitos do naturalismo e o do contratualismo. Das considerações que obtivemos a este respeito percebemos que, acima de tudo, o que prevalece é o princípio da Liberdade dos cidadãos e este não é compatível com o sentido mais rigoroso daquele sistema denominado “contratualismo” e definido por Hobbes para criar o compromisso social forçado entre os indivíduos. A união deve partir duma vontade própria ou de um poder legitimado e, por isso, estabelecido de acordo com essa vontade, não de uma imposição.

Neste sentido, como justificar a negação da característica autonomia da Moral do campo de ação do Direito se o princípio sobre que assenta o fundamento último da heteronomia do Direito é, também ele, condizente com a liberdade dos sujeitos, como evidenciaram aqui os autores Cabral de Moncada, A. José Brandão, Batista Machado ou Braz Teixeira?

Uma excelente explicação para a ocorrência deste facto vimo-la através dos comentários que Álvaro Ribeiro ou Delfim Santos nos deixaram, pois, como é de constatar, a realidade humana é complexa e, com ela, as normas das comunidades criadas. Perante este cenário, ao Direito resta-lhe servir essa complexidade e absorver, com retidão, os valores que a compõem, sem tentar aniquilar ou subverter o seu sistema. Por isto, o Direito transcreve toda a autonomia que à Moral é dada a função de determinar.

Persiste igualmente a tese de que a obrigatoriedade do Direito pode ser apelidada de uma obrigatoriedade moral, facto que nos permite confirmar, também, como este novo critério de distinção estabelecido entre o Direito e as normativas éticas, na maior parte dos casos, é considerado o critério mais fiel para aferir o “dever” adstrito à norma jurídica. Vimos como essa perspetiva é defensável por mais do que um dos autores aqui referenciados. Em muitos casos esta obrigatoriedade moral chega a substituir a coercibilidade jurídica que é inerente às dimensões do Direito. Neste sentido, tome-se em consideração o que nos deixaram os autores Franz-Paul de Almeida Langhans, Delfim Santos ou António José Brandão.

Num outro sentido, o estudo do critério da coação jurídica veio a revelar-se favorável à tese de que, de facto, não se apontam fundados argumentos para se separar as normativas do Direito das normativas da Ética e a da Moral. Afinal, na maioria dos casos, este critério não tem existência ou razão de ser porque os indivíduos cumprem de livre vontade o ordenamento jurídico disposto.

No entanto, isto só pode acontecer quando aquele pressuposto da Liberdade e da Autonomia da Moral estão garantidos. Quando isto acontece é sinal de que o ordenamento vigente traduz, substancialmente, os valores que os indivíduos querem ver respeitados. A prova disso mesmo dá-se quando compreendemos que o ordenamento jurídico está repleto de normas decorrentes de um sistema normativo transpositivo – o Direito Natural – que não permite que se faça recurso ao mecanismo da coação.

A comprovar ainda a tese em questão vimos como a escola Histórica, e o instituto do Costume trazidos a este estudo por Galvão Teles é seu exemplo mais do que evidente. Sem dúvida, que do individual parte e se gera grande parte do conteúdo do que é geral, comunitário ou social.

Ainda com João de Castro Mendes confirmámos como o critério da coercibilidade do Direito se por um lado é bastante evidente e enunciador da diferença a estabelecer entre o

Direito e a Moral, por outro lado, reforça e alimenta a relação de dependência entre as normas do Direito e da Ética. Com este autor torna-se possível afirmar a tese de que o Direito, ao contrário do que possa parecer, não é um ordenamento que, na sua grande maioria de razão, possa ser apelidado de coativo.

Porque a verdadeira essência do Direito assenta sobre as normas éticas, ou normas “*stricto-sensu*”, como Castro Mendes as apelidava, na maior parte das vezes, o dever de as cumprir não deriva de uma imposição externa mas sim interna. O dever está contido ou assente no indivíduo como também nos mostrou A. José de Brito.

Daí a dificuldade de também distinguir o Direito da Moral com base nos correspondentes critérios da exterioridade e da interioridade, como também Cabral de Moncada e A. José Brandão assumiam. Se o critério da exterioridade do Direito, ou, como diria Bigotte Chorão, se o “*critério da perspectiva*” manda que a vontade do agente não seja relevante para a correta aplicação do Direito, é, de resto, o próprio Bigotte Chorão que nos elucida como, afinal, essa “*amoralidade subjetiva do Direito*” vai contra tudo o que vimos anteriormente a respeito do princípio da Justiça. Daí a fraca consideração que sobre ele devem depositar todos os que procurem a verdadeira relação a estabelecer entre o Direito e a Moral. Em última instância, é o princípio da Justiça que está em causa, facto que invalida, por princípio, qualquer processo de imposição coactiva do Direito.

De resto, falta-nos concluir que estas e outras considerações estão patentes na realidade jurídica e isso tornou-se verificável pela análise que fizemos aos manuais de Introdução ao Direito e à demais doutrina que trata este assunto, não obstante ter ficado aqui representada apenas uma pequena parcela de tudo o que se teoriza sobre este assunto. Resta ainda lembrar que os temas tratados neste estudo são, grande parte deles, objecto das considerações que se fazem em torno do Direito no âmbito das matérias a ensinar aos alunos do 12.º ano de escolaridade, daí a pertinência de termos tido também a preocupação de as perspetivar neste nosso estudo. No mesmo sentido, estudar esta vertente doutrinária permitiu-nos confirmar ainda as possibilidades de afirmação de uma ordem que alie o Direito à Ética e à Moral.

Posto isto, é pela discutível mas inegável relação de dependência ética do Direito, que vimos defendida por quase todos os autores estudados, - excetuando, claro está, o caso de José Hermano Saraiva que, como vimos, teve o propósito de personificar as grandes críticas que se

apresentam a esta possibilidade, - e sob a perspectiva de todos os aspetos focados, bem como de outros que poderiam surgir no âmbito deste estudo, que concluímos que o Direito não poderá, jamais, desvincular-se dessa tão nobre tarefa que é fazer o reconhecimento dos valores que os homens e, com eles, a sociedade política procuram realizar. Deste mesmo facto decorre a possibilidade de se afirmar, sem subterfúgios, a relação entre o Direito, a Ética e a Moral.

Da nossa parte, e da de todos os autores aqui comentados, essa possibilidade concretizou-se. Cabe a todos aqueles que pensem o Direito ponderar se querem ver também essa possibilidade realizada. Cabe-lhes, como aqui nos alertou Rogério Ehrhardt Soares, descobrir o sentido que está para além do conteúdo das suas normas, cabe-lhes, dizemos nós perfilhando o que já diria Fernando José Bronze, descobrir a *“Razão porque estamos aqui diante de uma daquelas perguntas para as quais as comunidades humanas (e, particularmente, a comunidade dos juristas) não podem mais do que esforçar-se, com uma sinceramente assumida “responsabilidade solidária” por ir discernindo as respostas em que intersubjectivamente se revejam.”*³²².

Resta acrescentar que, segundo tudo o que aqui se contou, o sentido ético parece, por maioria de razão, encontrar-se na mais profunda realidade do Direito.

³²² BRONZE, Fernando José - *Lições de Introdução ao Direito*, p. 492

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas do - *História das Ideias Políticas*. – Coimbra, Livraria Almedina, 1998

BOBBIO, Norberto – *O positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone Editora, 1995

BRANDÃO, António José – *O Direito. Ensaio de Ontologia Jurídica*. Apud TEIXEIRA, António Bras - *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*. Porto, Resjurídica. 1992

_____*Vigência e Temporalidade do Direito*. Apud TEIXEIRA, António Bras - *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*. Porto, Resjurídica. 1992

_____*Vigência e Temporalidade do Direito e outros ensaios de filosofia jurídica*. Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Estudos Gerais – Série Universitária, 2001. Vol.1

BRAVO, Orlando - *Introdução ao Direito – 12.º Ano*. Porto, Porto Editora, 1996

BRITO, António José de - *Introdução à Filosofia do Direito*. Porto, Rés, 1995

BRONZE, Fernando José - *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002

CAETANO, Marcelo - *Manual de ciência política e direito constitucional* - 6ª ed. rev. Ampl. Coimbra, Almedina, 1993

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, Coimbra Editora, 1994

_____*In SOARES, Rogério Ehrhardt – Direito público e sociedade técnica* Coimbra, Tenacitas, 2008

CHORÃO, Mário Bigotte - *Introdução ao Direito. O conceito de Direito*. Coimbra, Almedina, 1988

_____ *Aproximação ao Realismo Jurídico - Direito Natural, Religiões e Culturas – I Congresso Internacional de Direito Natural - Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. CUNHA, Paulo Ferreira da, org. Coimbra, Coimbra Editora, 2004

_____ *Pessoa Humana, Direito e Política*. Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006

CUNHA, Paulo Ferreira da - *Amor Iuris: Filosofia Contemporânea do Direito e da Política*. Lisboa, Cosmos, 1995

_____ *Teoria da Constituição. Direitos Humanos, Direito Fundamentais*. Lisboa, Editorial Verbo, 2000. Vol.2

_____ *Faces da Justiça*. Coimbra, Almedina, 2002

_____ *O Desafio Científico e o Desafio Pedagógico do Direito Natural - Direito Natural, Religiões e Culturas – I Congresso Internacional de Direito Natural - Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. CUNHA, Paulo Ferreira da, org. Coimbra, Coimbra Editora, 2004

_____ *Direito Constitucional Geral*. Lisboa, Quid Juris?, 2006

_____ *Filosofia Jurídica Prática*. Lisboa, Quid Juris?, 2009

_____ *Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. 2.^a Edição. Coimbra, Edições Almedina, 2013

DINIS, Almerinda / HENRIQUES, Evangelina / CONTREIRAS, Maria Isidra. - *Introdução ao Direito - 12.º Ano*. MIRANDA, Jorge; rev. Científico. Cacém, Texto Editora, 2002

KELSEN, Hans – *A Justiça e o Direito Natural*; tradução e prefácio de João Baptista Machado. Coimbra, Almedina, 2001

LAMEGO, José - *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*, Lisboa, Coimbra Editora, 2011

LANGHANS, Franz-Paul de Almeida - *Apud TEIXEIRA, António Braz - Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*. Porto, Resjurídica. 1992

MACHADO, João Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Almedina, 1994

MALTEZ, Adelino - *Princípios de Ciência Política: Introdução à Teoria Política*. 2.^a Edição. Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 1996. Vol. 2

MENDES, João de Castro - *Introdução ao Estudo do Direito*; edição revista por Miguel Teixeira de Sousa. Lisboa, Pedro Ferreira, 1994.

MONCADA, Luís Cabral de – *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*. Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda; Estudos Gerais - Série Universitária, 2004. Vol.1

_____ *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol.II - *Apud TEIXEIRA, António Braz - Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*. Porto, Resjurídica. 1992

NEVES, António Castanheira – *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra, [s.n] 1976.

_____ *Apud TEIXEIRA, António Braz - Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*. Porto, Resjurídica. 1992

_____ *O Direito hoje e com Que Sentido?* Lisboa, Instituto Piaget, 2002.

RIBEIRO, Álvaro – *A Razão Animada Apud TEIXEIRA, António Braz - Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*. Porto, Resjurídica. 1992

SANTOS, Delfim - *Apud TEIXEIRA, António Braz - Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*. Porto, Resjurídica. 1992

SARAIVA, José Hermano - *Considerações renovadas sobre um velho problema: a distinção entre Moral e Direito. Apud TEIXEIRA, António Braz - Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*. Porto, Resjurídica. 1992

SOARES, Rogério Ehrhardt – *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra, Tenacitas, 2008

SOUSA E BRITO, José de – *O 11 de Setembro, os Direitos do Homem e o Diálogo entre as Civilizações - Direito Natural, Religiões e Culturas* – I Congresso Internacional de Direito Natural - Faculdade de Direito da Universidade do Porto. CUNHA, Paulo Ferreira da, org. Coimbra, Coimbra Editora, 2004

TEIXEIRA, António Braz – *A Justiça e a Crise do Direito Natural. Direito Natural, Religiões e Culturas* – I Congresso Internacional de Direito Natural - Faculdade de Direito da Universidade do Porto, CUNHA, Paulo Ferreira da, org. Coimbra, Coimbra Editora, 2004

_____*História da Filosofia do Direito Portuguesa*. Lisboa, Caminho; Coleção Universitária, 2005

_____*Sentido e Valor do Direito*. 3.^a edição. Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2006

TELES, Inocêncio Galvão – *Introdução ao Estudo do Direito*. 11.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999. Vol.1.

_____*Introdução ao Estudo do Direito*. 10.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000. Vol.2.

VITORINO, Orlando *Apud* TEIXEIRA, António Braz - *Filosofia Jurídica Portuguesa Contemporânea*. Porto, Resjurídica. 1992.

FERNANDES, Sérgio Fernando Ferreira - *Justiça Particular e Justiça Social*. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2010, Tese de Mestrado

CUNHA, Paulo Ferreira da – *Do Jusracionalismo Luso-Brasileiro e da Unidade Essencial do Jusunaturalismo - Reflexão Problemática Filosófico-Histórica*. [Em linha]. (2012), p.24-25. [Consult.07/07/2013]. Disponível na Internet: <http://www.hottopos.com/collat12/17-30FC.pdf>